

BAB 3

ANALISA PERBANDINGAN TANGGUNG JAWAB HUKUM PELAKU USAHA PERANGKAT LUNAK TERHADAP KONSUMEN

3.1. Pengertian Perangkat Lunak

3.1.1. Apakah itu Perangkat Lunak?

Secara garis besar, perangkat lunak (*software*) diartikan sebagai perangkat yang merupakan bagian dari komputer yang bukan berupa perangkat keras (*hardware*), yang secara spesifik dapat diartikan pula sebagai program komputer.¹⁸⁸ Dalam Pasal 1 angka 14 Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (UU ITE), komputer diartikan sebagai "alat untuk memproses data elektronik, magnetik, optik, atau sistem yang melaksanakan fungsi logika, aritmatika, dan penyimpanan." Selanjutnya dalam Pasal 1 ayat (8) Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2002 tentang Hak Cipta yang telah mengadopsi ketentuan-ketentuan dalam TRIPs disebutkan mengenai perangkat lunak yang diartikan sebagai program komputer, yakni:

"Program komputer adalah sekumpulan instruksi yang diwujudkan dalam bentuk bahasa, kode, skema, ataupun bentuk lain, yang apabila digabungkan dengan media yang dapat dibaca dengan komputer akan mampu membuat komputer bekerja untuk melakukan fungsi-fungsi khusus atau untuk mencapai hasil yang khusus, termasuk persiapan dalam merancang instruksi-instruksi tersebut."

Definisi ini dirasa kurang tepat mengingat perkembangan penggunaan perangkat lunak saat ini yang telah sedemikian luas, dimana perangkat lunak kini tidak hanya terdapat dalam komputer saja, melainkan juga pada peralatan elektronik lainnya. Esensi dari pengertian tersebut di atas yakni bahwa sebuah program komputer harus dapat mewujudkan instruksi yang ditentukan oleh

¹⁸⁸ Diane Rowland & Elizabeth Macdonald, *Information Technology Law*, Third Edition (London: Cavendish Publishing, 2005) hal. 101.

penggunanya, sebagaimana pengertian menurut *World Intellectual Property Organization* (WIPO) sebagai berikut:¹⁸⁹

”For the purpose of the law: computer program means a set of instruction capable, when incorporated in a machine-readable medium, of causing a machine having information-processing capabilities to indicate, perform or achieve a particular function, task or result.”

Berdasarkan pengertian WIPO dan Undang-Undang Hak Cipta tersebut di atas, dalam kaitannya dengan hak atas kekayaan intelektual, dapat dikatakan bahwa perangkat lunak merupakan sebuah karya cipta berupa serangkaian kode yang mengisi instruksi yang dilindungi oleh hukum. Perlindungan hak kekayaan intelektual terhadap perangkat lunak ini diberikan untuk melindungi inovasi dalam program tersebut.¹⁹⁰

Perangkat lunak ini dibangun dengan tujuan untuk menjalankan suatu sistem elektronik. Sistem elektronik diartikan dalam Pasal 1 angka 5 UU ITE sebagai serangkaian perangkat dan prosedur elektronik yang berfungsi mempersiapkan, mengumpulkan, mengolah, menganalisis, menyimpan, menampilkan, mengumumkan, mengirimkan, dan/atau menyebarkan Informasi Elektronik. Sedangkan pengertian informasi elektronik diberikan dalam pasal 1 angka 1 UU ITE sebagai berikut:

Informasi Elektronik adalah satu atau sekumpulan data elektronik, termasuk tetapi tidak terbatas pada tulisan, suara, gambar, peta, rancangan, foto, *electronic data interchange (EDI)*, surat elektronik (*electronic mail*), telegram, telex, *teletype* atau sejenisnya, huruf, tanda, angka, Kode Akses, simbol, atau perforasi yang telah diolah yang memiliki arti atau dapat dipahami oleh orang yang mampu memahaminya.

Sistem perangkat lunak kini diklasifikasikan berdasarkan sistem kepemilikannya menjadi perangkat lunak sistem tertutup (*proprietary software*) dan perangkat lunak sistem terbuka (*open source software*). Kepemilikan *proprietary software* ini terlihat dari lisensi yang dibebankan kepada penggunanya (*user*), dengan ciri-ciri diantaranya sebagai berikut:¹⁹¹

¹⁸⁹ Edmon Makarim, *Pengantar Hukum Telematika* (Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2005) hal. 287.

¹⁹⁰ *Ibid*, hal. 288.

¹⁹¹ Ronald J. Mann, *The Commercialization of Open Source Software: Do Property Rights Still Matter?*, Law and Economics Research Paper No. 58, Harvard Journal of Law and Technology, Vol. 20 (1) 2006 (Texas, September 2006), hal. 6-10.

- pengguna diwajibkan membayar sejumlah biaya royalti kepada produsen¹⁹² atas penggunaan perangkat lunak yang bersangkutan;
- hak atas kepemilikan terhadap *proprietary software* biasanya dilindungi di bawah rezim hak paten, hak cipta atau rahasia dagang di Negara yang bersangkutan;
- penggunaan *proprietary software* tanpa seijin atau tanpa membayar royalti atas lisensi kepada pemiliknya merupakan pelanggaran pidana;
- pengguna tidak dapat memperoleh ataupun melihat *source code* perangkat lunak yang bersangkutan, sehingga pengguna tidak dapat melakukan perubahan ataupun menggandakan *proprietary software* ini.

Secara garis besar, *source code* suatu perangkat lunak merupakan rangkaian kode biner (*binary code*) yang ditulis dalam bahasa pemrograman yang sangat berguna bagi pengguna untuk dapat mempelajari, melakukan perubahan, bahkan mendistribusikan kembali sebuah perangkat lunak.¹⁹³ Rangkaian kode biner ini kemudian disebut sebagai kode sumber (*source code*) dan kode obyek (*object code*). Menurut Reed dan Angel, *source code* adalah versi program berupa simbol alfanumerik, yang tidak dapat diproses secara langsung oleh komputer tanpa "diterjemahkan" terlebih dahulu oleh perangkat tertentu. Sedangkan *object code* adalah bentuk program yang dapat "terbaca" oleh komputer yang terdiri dari serangkaian angka "satu" dan "nol" yang berkorespondensi dengan berbagai instruksi untuk memproses data.¹⁹⁴

Pada *proprietary software*, *source code* disimpan oleh produsen, sehingga pengguna umumnya hanya menerima berkas berupa deretan angka-angka yang dapat dijalankan, dan oleh karenanya hanya produsen/ pemilik *proprietary software* yang dapat melakukan perubahan terhadap perangkat lunak tersebut.¹⁹⁵ Salah satu dampak dari hal ini yaitu bahwa produsen *proprietary software* bertanggung jawab atas "after sales support" kepada konsumennya.

¹⁹² Dalam bab ini, istilah pelaku usaha diartikan sebagai produsen, dan konsumen diartikan sebagai pengguna supaya lebih sesuai dengan konteks perangkat lunak yang dibicarakan.

¹⁹³ Yusran Isnaini, *Hak Cipta dan Tantangannya di Era Cyber Space* (Jakarta: Ghalia Indonesia, 2009) hal. 32.

¹⁹⁴ Diane Rowland & Elizabeth Macdonald, *Op. cit.*, hal. 107.

¹⁹⁵ Yusran Isnaini, *Loc. cit.*

Salah satu contoh program yang menggunakan *proprietary software* ini adalah Microsoft Windows yang kini banyak digunakan sebagai sistem operasi (*operating system*) pada komputer maupun telepon genggam. Dengan mempergunakan sistem *proprietary*, kelemahan yang mungkin muncul diantaranya yaitu bahwa perangkat lunak ini akan mengalami kesulitan dalam pengembangannya di kemudian hari karena sifat tertutupnya itu yang tidak memungkinkan dilakukannya pengembangan oleh pengguna. Sedangkan kelebihan yang terdapat pada *proprietary software* ini adalah adanya jaminan *support service* oleh produsen perangkat lunak, selama pengguna tidak melanggar klausula yang ditentukan dalam *software license agreement*.¹⁹⁶

Menurut David Wheeler, secara umum program yang dinamakan perangkat lunak bebas (*free software*) atau perangkat lunak sistem terbuka (*open source software*) adalah program yang lisensinya memberi kebebasan kepada pengguna menjalankan program untuk apa saja, mempelajari dan memodifikasi program, dan mendistribusikan penggandaan program asli atau yang sudah dimodifikasi tanpa harus membayar royalti kepada pengembang sebelumnya.¹⁹⁷ Keberadaan *free/open source software* atau perangkat lunak bebas dan *open source* ini dimulai pada tahun 1969 oleh UNIX-pengembang sistem operasi yang pada saat itu dibangun untuk diaplikasikan pada komputer merek IBM di Amerika Serikat.

Titik tolak pengembangan *open source software* yang penting berikutnya adalah dimulainya proyek GNU (*GNU is Not Unix*) pada tahun 1984 oleh Richard Stallman sebagai usaha awal yang bertujuan menawarkan keuntungan dari sistem operasi UNIX yang dilengkapi oleh kode baru untuk menghindari sengketa kepemilikan *open source software* akibat penyebaran sistem UNIX. Pengembangan selanjutnya yaitu pada tahun 1994, dilanjutkan oleh Linus Torvalds yang melakukan kontribusi aplikasi *kernel* pada proyek GNU, yang kemudian dikenal dengan nama sistem operasi Linux.¹⁹⁸ Sistem operasi Linux ini lalu berkembang dengan pesat dan global, karena *source code* Linux yang terbuka

¹⁹⁶ Edmon Makarim, *Op. cit.*, hal. 318 Tabel 10.1.

¹⁹⁷ David A. Wheeler, *Open Source Software (OSS) in U.S. Government Acquisitions*, <<http://www.dwheeler.com/essays/oss-government-acquisitions.html>>, March 2008 (Revised Dec. 16, 2008), diakses pada 09 April 2010, 17:15.

¹⁹⁸ Ronald J. Mann, *op. cit.*, hal. 10-11.

dapat diakses oleh para penggunanya, sehingga memungkinkan proses pengembangan yang terus-menerus oleh para pemrogram di seluruh dunia.

Dalam beberapa tahun terakhir, *open source software* yang mengalami perubahan besar dari sebuah kata yang relatif tidak dikenal menjadi sebuah kata populer terbaru telah menjadi sebuah fenomena internasional. Walaupun pengertian *open source software* masih cukup sulit untuk dipahami oleh masyarakat awam, namun dapat dikatakan secara singkat bahwa *open source software* mengandung pengertian yang bertolak belakang (antonim) dari *proprietary software*.¹⁹⁹

Secara singkat, sebuah *open source software* dibangun dengan metode berikut ini:²⁰⁰

- Pengembang perangkat lunak (*software developer*) membuat proyek *open source software* pada komputernya.
- Kemudian para pemrakarsa proyek tersebut yang merupakan pengembang terpercaya (*trusted developers*) membuat suatu lokasi penyimpanan yang terpercaya (*trusted repository*). *Trusted repository* ini merupakan suatu lokasi penyimpanan pada jaringan (*web*), dimana pengguna dapat mengakses *source code* dari *open source software*, dan berisi informasi-informasi terkait dengan *open source software* tersebut, seperti dokumentasi, *bug report system*, *mailing list*, dan lain-lain.²⁰¹
- Selanjutnya pengembang dan pemrakarsa proyek menempatkan *open source software* (yang telah diterjemahkan ke dalam bahasa pemrograman berupa *source code*) pada *trusted repository* tersebut.
- Kemudian dari *trusted repository* itulah para pengguna dapat mengakses *source code*, untuk dapat dilakukan pengembangan dan perbaikan selanjutnya terhadap *open source software* tersebut.

¹⁹⁹ David A. Wheeler, *op. cit.*

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ 'Trusted systems,' merupakan terminologi yang diperkenalkan oleh Mark Stefik, peneliti dari Xerox Palo Alto Research Faculty, yakni meliputi *software* dan *hardware* yang dapat diprogram untuk melakukan *digital rights management* (kontrol akses terhadap konten). Sebagaimana dikutip dari World Intellectual Property Organization (WIPO), *Intellectual Property on the Internet: A Survey of Issues* (Geneva, 2002) dari M. Stefik, "Trusted Systems," *Scientific American*, p.78 (March 1997)

Rangkaian metode di atas menunjukkan adanya prinsip keterbukaan dalam *open source software* yang pada umumnya tidak memerlukan adanya pembayaran royalti dari pengguna kepada pembangun ataupun pemrakarsa proyek *open source software*. Hal ini menimbulkan suatu permasalahan tersendiri dalam perlindungan hukum atas hak kepemilikan *open source software* tersebut, mengingat perlindungannya di Indonesia saat ini berada di bawah rezim hak cipta yang bersifat tertutup terhadap segala penggunaan, penggandaan, penyebaran (distribusi), pengalihwujudan maupun komersialisasi perangkat lunak. Ketentuan ini tercantum secara eksplisit dalam pasal 2 ayat (2) Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2002 Tentang Hak Cipta yang berbunyi:

“Pencipta atau Pemegang Hak Cipta atas karya sinematografi dan Program Komputer memiliki hak untuk memberikan izin atau melarang orang lain yang tanpa persetujuannya menyewakan Ciptaan tersebut untuk kepentingan yang bersifat komersial.”

Dalam kaitannya dengan *open source software*, ketentuan tersebut memiliki implikasi bahwa pengembang ataupun pemrakarsa *open source software* dapat melakukan gugatan perdata ataupun melaporkan adanya tindak pidana pelanggaran hak cipta terhadap penggunaan *open source software* tanpa izin yang bersangkutan tersebut. Hal ini tentunya bersifat kontradiktif terhadap prinsip keterbukaan yang dimiliki *open source software* sebagaimana dijelaskan di atas.

Berdasarkan uraian di atas, dapat dikatakan bahwa berbeda halnya dengan *proprietary software*, hukum di Indonesia tidak atau belum mengatur mengenai perlindungan terhadap kepemilikan dan penggunaan *open source software*. Namun demikian, para pengguna maupun produsen *open source software* saat ini mempergunakan *GNU Public License* sebagai model lisensi yang akan dibahas dalam sub bab berikut.

3.1.2. Perlindungan terhadap Kepemilikan Perangkat Lunak

Sebagaimana tersebut di atas, kepemilikan atas perangkat lunak di Indonesia dilindungi oleh hukum di bawah rezim hak kekayaan intelektual melalui Undang-Undang Hak Cipta, dimana perangkat lunak diartikan sebagai program komputer yang merupakan suatu karya cipta dari penciptanya.

Berdasarkan hal tersebut, maka produsen sebagai pencipta program komputer memiliki hak yang dilindungi oleh hukum sebagai berikut:²⁰²

- a. Hak ekonomi (*economic rights*), yakni hak untuk mendapatkan manfaat ekonomi atas Ciptaan serta produk Hak Terkait.
- b. Hak moral (*moral rights*), yakni hak yang melekat pada diri Pencipta atau Pelaku yang tidak dapat dihilangkan atau dihapus tanpa alasan apa pun, walaupun Hak Cipta atau Hak Terkait telah dialihkan.

Dilihat dari segi penegakan hukum (*law enforcement*) perlindungan terhadap kepemilikan perangkat lunak, saat ini Indonesia telah ikut serta dalam pergaulan masyarakat dunia dengan menjadi anggota dalam *Agreement Establishing the World Trade Organization* (Persetujuan Pembentukan Organisasi Perdagangan Dunia) yang mencakup pula *Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights* (Persetujuan tentang Aspek-aspek Dagang Hak Kekayaan Intelektual), selanjutnya disebut TRIPs, melalui Undang-undang Nomor 7 Tahun 1994. Selain itu, Indonesia juga meratifikasi *Berne Convention for the Protection of Artistic and Literary Works* (Konvensi Berne tentang Perlindungan Karya Seni dan Sastra) melalui Keputusan Presiden Nomor 18 Tahun 1997 dan *World Intellectual Property Organization Copyrights Treaty* (Perjanjian Hak Cipta WIPO), selanjutnya disebut WCT, melalui Keputusan Presiden Nomor 19 Tahun 1997.²⁰³

Persetujuan TRIPs merupakan traktat internasional pertama yang memasukkan program komputer secara eksplisit dalam tiga bentuk perlindungan hak atas kekayaan intelektual, yakni rezim hak cipta (*copyright*), hak paten (*patent*) dan rahasia dagang (*trade secret*). Dalam pasal 10 persetujuan TRIPs disebutkan:

- (1) *Computer programs, whether in source or object code, shall be protected as literary works under the Berne Convention (1971).*
- (2) *Compilations of data or other material, whether in machine readable or other form, which by reason of the selection or arrangement of their contents constitute intellectual creations shall be protected as such. Such protection, which shall not extend to the data or material itself, shall be without prejudice to any copyright subsisting in the data or material itself.*

²⁰² Penjelasan Umum Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2002 tentang Hak Cipta.

²⁰³ *Ibid.*

Hal ini berarti bahwa TRIPs mensyaratkan perlunya perlindungan atas kepemilikan perangkat lunak, baik berupa kode sistem (*source code*) maupun kode obyek (*object code*), sebagai hasil karya literatur yang dilindungi di bawah rezim *Berne Convention*. Namun demikian, Negara-negara anggota tetap memiliki hak untuk melakukan pengaturan terhadap perlindungan tersebut dalam sistem hukumnya masing-masing berdasarkan kedaulatan yang dimilikinya.

Sedangkan dalam *Berne Convention* terdapat ketentuan yang menyebutkan bahwa program komputer dilindungi oleh hak cipta. Dalam *Article 2 Berne Convention* mengenai *Protected Works* disebutkan bahwa "*literary and artistic works*" adalah termasuk dalam obyek hak cipta yang dilindungi:

The expression "literary and artistic works" shall include every production in the literary, scientific and artistic domain, whatever may be the mode or form of its expression, such as books, pamphlets and other writings;

Dalam hal ini, program komputer atau perangkat lunak dilihat sebagai serangkaian *source code* yang membentuk suatu instruksi tertentu. *Source code* inilah yang kemudian dilihat sebagai "*literary and artistic works*" oleh Negara-negara peserta konvensi.

Menurut André Lucas, keberadaan perangkat lunak dapat dilihat dari dua sudut pandang. Jika terdapat anggapan bahwa instruksi dalam program komputer itu merupakan manifestasi dari pembuatnya, maka program komputer tersebut dianggap sebagai karya literatur yang dilindungi oleh hak cipta. Namun jika diasumsikan bahwa pembuatan program komputer ini merupakan langkah inventif dalam teknologi informasi, maka program komputer ini dapat dipersamakan dengan proses atau sistem sehingga dilindungi oleh paten.²⁰⁴

Walaupun demikian, Lucas juga mengungkapkan bahwa untuk dapat dipersamakan dengan proses atau sistem sehingga dilindungi oleh paten, program komputer ini mengandung inovasi yang sangat sedikit dibandingkan hasil karya industri atau teknologi lainnya, dimana unsur kebaruan inilah yang terpenting dalam paten. Sedangkan untuk dapat dilindungi oleh hak cipta, adanya tujuan dari pembuatan program komputer ini menjadi faktor pembeda dari "*literary and*

²⁰⁴ Edmon Makarim, *Op. Cit.*, hal. 291.

artistic works” lainnya, sehingga kemudian program komputer ini disebut sebagai “*an abstract industrial creation.*”²⁰⁵

Menurut Borking, terdapat tiga tahap esensial dalam hal perlindungan terhadap perangkat lunak sebagai berikut:²⁰⁶

- a. perlindungan terhadap algoritma pemrograman;
- b. perlindungan paten atau hak cipta terhadap program komputer; dan
- c. perlindungan terhadap kode obyek program (*object code*).

Dari tahapan tersebut terlihat bahwa terdapat dua elemen penting dari sebuah perangkat lunak, yaitu *The Underlying Process* dan Sistem dari Operasi Algoritma; serta serangkaian instruksi yang menjelaskan proses secara detail.²⁰⁷ Elemen pertama dapat dilihat sebagai suatu proses atau sistem yang dapat dilindungi oleh paten. Sedangkan elemen “serangkaian instruksi” ini dilihat melalui bentuknya, yaitu dalam bentuk bahasa pemrograman tertulis, dimana bentuk ini merupakan “ekspresi tertulis dari serangkaian instruksi” yang menjelaskan proses secara detail. Oleh karenanya, dapat dikatakan bahwa perangkat lunak yang dilihat sebagai serangkaian instruksi ini dilindungi oleh hak cipta.

Pendapat Daehwan Koo menjelaskan tentang berbagai kelebihan dan kekurangan perlindungan paten terhadap program komputer (*Software Patents*).²⁰⁸ Kelebihan *software patents* diantaranya yaitu:

- a. Paten dapat melindungi ide/ konsep yang mendasari invensi, dimana konsep tersebut kemungkinan memiliki nilai yang sangat besar.
- b. Paten memberikan perlindungan tidak hanya terhadap pembajakan *software*, namun juga terhadap penemu lainnya. Disini terlihat adanya aspek keuntungan ekonomis dari paten, dimana lisensi paten dapat menjadi sumber penghasilan yang potensial.

²⁰⁵ Denis Barges Barbosa, *Software and Copyright: A Marriage of Inconvenience*, 1986, sebagaimana dikutip dari André Lucas, *La Protection des Créations Industrielles Abstraites*, Lib. Techniques, 1975.

²⁰⁶ Edmon Makarim, *Loc. Cit.*

²⁰⁷ *Ibid.*

²⁰⁸ Diane Rowland & Elizabeth Macdonald, *Op. Cit.*, hal. 60-61.

- c. Adanya insentif yang besar bagi pengembangan dan penyebaran teknologi baru melalui *software patents* dapat meningkatkan nilai jual perusahaan tertentu di atas para kompetitornya.

Sedangkan kekurangan *software patents* menurut Koo meliputi:

- a. Adanya pembatasan pada perlindungan terhadap penggunaan *software*, sebab paten bertujuan pada metode untuk mencapai hasil, dan bukan hasil itu sendiri.
- b. Adanya sistem “*sequential innovation*” dalam proses pembuatan *software*, dimana unsur kebaruan adalah sangat sedikit dibandingkan dengan unsur yang sudah ada.²⁰⁹ Jika dilakukan paten terhadap *software* akan mengakibatkan hampir seluruh pembuat *software* secara langsung melanggar paten ketika mereka mempublikasikan *software* buatannya itu.
- c. Kriteria agar suatu penemuan dapat dilindungi oleh paten meliputi unsur kebaruan (*novelty*), tidak dapat diduga sebelumnya (*inventif*) dan berdaya guna bagi industri.²¹⁰ Kompleksitas suatu *software* yang harus memenuhi ketiga kriteria di atas dapat meningkatkan biaya dalam penerapan dan perlindungan paten.
- d. *Software patents* mengakibatkan timbulnya aspek kerahasiaan pada *source code* yang merupakan intisari dari *software*. Sifat kerahasiaan ini tentunya menjadi hambatan dalam perkembangan dan kemajuan teknologi informasi, karena mencegah pihak lain untuk mengakses *source code* tersebut dalam rangka upaya pengembangannya.
- e. Sifat kerahasiaan *source code* ini juga bertentangan dengan sifat penemuan *software* yang bersifat terbuka, sehingga jika *source code* ini menjadi tertutup bagi masyarakat luas, maka akan sulit untuk melakukan penelusuran ketika diajukan permohonan paten.

²⁰⁹ Konsep “*sequential innovation*” ini diperkenalkan oleh Bessen and Maskin, yang menyatakan bahwa ketika sebuah inovasi bersifat bertahap dan komplementer, maka bertentangan dengan logika standar mengenai paten dan peniruan, peniruan menjadi pemicu terhadap inovasi dimana paten yang kuat hanya akan menjadi halangan. Sebagaimana dikutip Diane Rowland & Elizabeth MacDonald, *Op. Cit.*, hal. 61 dari pendapat Daehwan Koo mengenai *Patent and Copyright Protection of Computer Programs*, 2002

²¹⁰ Kriteria ini juga diadopsi dalam Pasal 2 ayat (1) dan (2) Undang-Undang Nomor 14 Tahun 2001 tentang Paten.

Penjelasan di atas menunjukkan bahwa terdapat lebih banyak kekurangan daripada kelebihan implementasi *software patents*. Namun demikian, para pelaku usaha maupun produsen perangkat lunak juga sebaiknya memperhitungkan faktor kualitas dari setiap poin tersebut di atas, sebab baik kelebihan maupun kekurangan *software patents* itu bersifat relatif terhadap setiap kasus.

Berikut ini akan dikemukakan berbagai implementasi dan permasalahan mengenai perlindungan hak kekayaan intelektual atas perangkat lunak di Amerika Serikat dan Uni Eropa.

3.1.2.1. Amerika Serikat

Di Amerika Serikat, sebuah perangkat lunak dapat dilindungi baik melalui paten maupun hak cipta. Jika permohonan yang diajukan adalah perlindungan hak cipta, maka terlebih dahulu dilakukan uji coba apakah terhadap kepemilikan perangkat lunak tersebut dapat dilindungi oleh hak cipta (*copyrightable*) atau tidak. Uji coba yang kemudian dikenal sebagai *the Altai test* ini pertama kali diperkenalkan dalam Second Circuit dalam perkara *Computer Associates v. Altai* tahun 1992, yang kemudian disempurnakan oleh Julian Velasco, meliputi:²¹¹

- *Abstraction test*; yang menguji kesamaan/ kemiripan perangkat lunak satu dengan lainnya berdasarkan struktur program tersebut;
- *Filtration test*; yang memisahkan komponen struktural setiap tahap abstraksi sebelumnya, dimana komponen yang dipisahkan tersebut murni merupakan ide, atau apakah pembuatan program tersebut disebabkan oleh efisiensi, faktor eksternal lainnya ataupun diambil dari *public domain*.
- *Comparison test*; dimana setelah komponen program yang merupakan ide serta yang disebabkan oleh efisiensi dan faktor eksternal lainnya ataupun diambil dari *public domain* itu dipisahkan, komponen yang tertinggal (berupa kernel)²¹² kemudian dibandingkan dengan program

²¹¹ Diane Rowland & Elizabeth MacDonald, *Op. Cit.*, hal. 24 – 31.

²¹² *Kernel* adalah bagian terpenting dari perangkat lunak yang berfungsi menghubungkan fungsi perangkat keras dengan perangkat lunak.

yang sudah terdaftar, apakah terdapat kesamaan substansial (terjadi *infringement*)²¹³ atau tidak.

- *Re-incorporating test*; yaitu tahap dimana komponen program yang sebelumnya dipisahkan itu kini disatukan kembali untuk dapat mengetahui apakah program tersebut secara keseluruhan memenuhi unsur keaslian/ orisinalitas dalam hak cipta.²¹⁴

Jika sebuah perangkat lunak dapat “lulus” berdasarkan tahapan uji coba di atas, maka secara teori terhadap perangkat lunak tersebut dapat dilindungi oleh hak cipta baik secara keseluruhan maupun sebagian elemennya saja.

Sebagaimana telah dijelaskan sebelumnya, perlindungan hak kekayaan intelektual di Amerika Serikat dapat berada di bawah rezim hak cipta maupun paten. *Patents Act of 1952* di Amerika Serikat tidak menyebutkan secara eksplisit mengenai perlindungan paten terhadap perangkat lunak. Namun berdasarkan 15 USC s101, paten dapat diberlakukan terhadap “*any new and useful process, machine manufacture, or composition of matter of any new and useful improvement thereof.*”

Sehubungan dengan ketentuan tersebut maka perangkat lunak dilihat sebagai mesin sehingga memenuhi kriteria “*new and useful improvement thereof*”,²¹⁵ dimana tentunya pertama-tama perangkat lunak ini jika dilihat secara keseluruhan harus merupakan sebuah inovasi teknologi (memenuhi unsur kebaruan/ *novelty*). Namun demikian, kode algoritma pemrograman perangkat lunak ini tidak termasuk yang dilindungi oleh paten, sebab dalam hal ini kode tersebut merupakan *literary works* yang tentunya tidak dilindungi oleh paten. Selain syarat tersebut di atas, perangkat lunak ini juga harus memenuhi syarat utilitas dan tepat guna dalam teknologi.

3.1.2.2. Uni Eropa

Sebagaimana halnya di Amerika Serikat, di Uni Eropa yang diawali oleh Inggris pun juga mengenal perlindungan hak cipta dan paten terhadap perangkat lunak. Pemeriksaan substantif terhadap permohonan perlindungan hak cipta atas

²¹³ *Infringement* dikenal juga dengan pelanggaran hak cipta.

²¹⁴ Diane Rowland & Elizabeth MacDonald, *Op. Cit.*, hal. 34.

²¹⁵ *Ibid*, hal. 81.

perangkat lunak juga mengadopsi metode *Altai* sebagaimana di Amerika Serikat melalui tahap *abstraction-filtration-comparison*. Namun perbedaan di antara keduanya adalah, jika *infringement* di Amerika Serikat terjadi saat terdapat kesamaan/ kemiripan yang substansial, *infringement* di Inggris dikatakan sebagai terjadinya reproduksi komponen yang substansial dari suatu perangkat lunak.

Dari hal ini terlihat bahwa jika di Amerika Serikat masih dimungkinkan adanya perlindungan hak cipta terhadap ide/ gagasan, maka di Inggris hal ini tidak dimungkinkan. Menurut pendapat Farwell J yang kemudian dikukuhkan oleh putusan pengadilan, perlindungan hak cipta hanya dapat diberikan kepada bentuk yang khas dari ide tersebut, dan bukan terhadap ide atau gagasan itu sendiri.²¹⁶

Di dunia internasional kini berlaku TRIPs Agreement dan the European Community (EC) Software Directive yang mengatur tentang perlindungan hak kekayaan intelektual terhadap perangkat lunak secara global. Namun demikian, tidak ada pedoman praktis mengenai implementasi kedua ketentuan ini dalam setiap Negara pesertanya. Oleh karena itu, metode *Altai* inilah yang kini dipergunakan sebagai standar *de facto* dalam proses pemeriksaan substantif terhadap perangkat lunak.²¹⁷

Dari segi paten, sebagaimana halnya dengan di Amerika Serikat, Inggris juga memandang perangkat lunak sebagai sebuah inovasi yang harus memenuhi unsur kebaruan (*novelty*), dan bukan sebagai karya literatur. Namun perbedaannya yaitu jika di Amerika Serikat ditekankan pula kriteria utilitas perangkat lunak pada suatu media tertentu, di Inggris lebih ditekankan pada substansinya, dan bukan pada bentuknya. Jadi sebuah perangkat lunak dapat dilindungi oleh paten jika perangkat lunak tersebut dapat berfungsi tidak hanya terbatas pada satu media tertentu semata.²¹⁸ Hal ini menjadikan lingkup perlindungan paten terhadap perangkat lunak di Inggris (Uni Eropa pada umumnya) lebih sempit daripada di Amerika Serikat.

Apapun perlindungan hak kekayaan intelektual atas perangkat lunak yang dimiliki, hal ini merupakan kebutuhan yang mendasar bagi pihak produsen.

²¹⁶ *Ibid.*, hal. 39.

²¹⁷ *Ibid.*, hal. 46.

²¹⁸ *Ibid.*, hal. 77, sebagaimana dikutip dari pendapat Laddie J dalam perkara Fujitsu Ltd's Application tahun 1996.

Menurut survey yang dilakukan oleh *Business Software Alliance* pada tahun 2002, diperkirakan sekitar 40% dari perangkat lunak untuk kebutuhan bisnis di dunia dibajak, dan menimbulkan kerugian sebesar 11 milyar dolar Amerika Serikat.²¹⁹ Hal ini menjadikan perlindungan hak kekayaan intelektual atas perangkat lunak – baik paten maupun hak cipta – menjadi sangat penting bagi pihak produsen.

Hubungan dan tanggung jawab hukum antara produsen dengan konsumen perangkat lunak (baik konsumen akhir maupun konsumen pelaku usaha) terlihat melalui lisensi yang diberikan, baik hak cipta maupun paten. Hak dan tanggung jawab yang dimiliki oleh masing-masing pihak haruslah memiliki kedudukan yang seimbang antara satu dengan lainnya, dimana mengenai hal tersebut akan diuraikan lebih lanjut dalam bagian berikut ini.

3.1.3. Lisensi Perangkat Lunak

Kesadaran akan pentingnya lisensi yang menyertai pengalihan kepemilikan perangkat lunak dimulai pada awal era 1970-an. Pada saat itu para praktisi mulai menyadari bahwa perangkat lunak merupakan 'benda' yang sangat mudah untuk dieksploitasi oleh pihak manapun yang menggunakannya. Oleh karena itu kemudian lisensi disertakan pada setiap penjualan perangkat lunak, dimana lisensi ini membatasi hal-hal yang dapat ataupun tidak dapat dilakukan oleh penerima lisensi/ pengguna perangkat lunak.²²⁰

Pada hakikatnya, lisensi perangkat lunak merupakan sebuah perjanjian antara produsen dengan konsumen perangkat lunak yang berlisensi. Lisensi perangkat lunak bertujuan untuk melindungi hak kekayaan intelektual pihak produsen maupun penciptanya agar tidak disalahgunakan oleh pengguna perangkat lunak tersebut.

²¹⁹ WIPO, *Op. Cit.*, hal. 20.

²²⁰ Diane Rowland & Elizabeth MacDonald, *Op. Cit.*, hal. 101-102.

Jenis lisensi yang diberikan tentunya bergantung pada jenis perangkat lunak yang diikutinya itu. Menurut Chris Reed, perangkat lunak terbagi dalam beberapa jenis berikut ini:²²¹

Berdasarkan pembuatannya:

- a. *Standard software*, yakni perangkat lunak yang dibuat secara masal oleh pelaku usaha untuk memenuhi kebutuhan konsumen umum, seperti Microsoft Word, Microsoft Excel.
- b. *Bespoke software*, yakni perangkat lunak yang dibuat secara khusus berdasarkan pesanan konsumen atau instansi tertentu dengan spesifikasi yang khusus pula, seperti Sisminbakum di Departemen Hukum dan HAM.
- c. *Customized software*, yakni perangkat lunak yang sebenarnya merupakan produk masal namun dikustomisasi berdasarkan kebutuhan konsumen atau instansi tertentu, seperti *Oracle Data System* di perusahaan – perusahaan swasta.

Berdasarkan fungsinya:

- d. *System software*, yakni perangkat lunak yang berfungsi sebagai manajemen jalannya perangkat keras (*hardware*), dimana *system software* ini biasanya merupakan *standard software* yang dibuat oleh pemasok perangkat keras. Di kalangan pengguna, *system software* ini juga dikenal sebagai "driver".
- e. *Application software*, yakni perangkat lunak yang berfungsi untuk memenuhi kebutuhan penggunanya, seperti Microsoft Office, Task Manager, dan lain-lain.

Berdasarkan sistem kepemilikan kodenya, dikenal *proprietary software* dan *open source software* sebagaimana telah dijelaskan sebelumnya, dimana lisensi yang mengikutinya pun memiliki klausula yang berbeda pula. Pemberian lisensi jenis *proprietary software* ini semata-mata bertujuan untuk penggunaan kode biner dari perangkat lunak. Penerima lisensi dapat menggunakan program komputer namun tidak mempunyai hak untuk melihat atau menggunakan *source code* dari program komputer, dimana *source code* ini tetap disimpan oleh pemberi

²²¹ Chris Reed and John Angel, *Computer Law*, Fourth Edition (London: Blackstone Press Limited, 2000) hal. 39 – 40.

lisensi. Contoh program komputer yang menggunakan lisensi ini adalah Microsoft Windows, Microsoft Office, dan Adobe Acrobat. Sedangkan untuk *open source software*, pemberian lisensi dilakukan dengan menyertakan *source code* dari perangkat lunak sehingga penerima lisensi dapat melihat dan menggunakan *source code* tersebut. Saat ini dikenal cukup banyak lisensi jenis ini, seperti GPL, Mozilla, dan BSD. Sedangkan contoh program yang menggunakan lisensi jenis ini adalah GNU/Linux, Netscape Navigator, dan MySQL.

Dalam kaitannya dengan *open source software* ini, terdapat beberapa program yang harus dipenuhi agar suatu *software* itu dapat disebut sebagai *open source software (version 1.0)*. Menurut *Open Source Definition* (OSD) dari www.opensource.org kriteria yang harus dipenuhi adalah sebagai berikut:²²²

- a. *Free Redistribution*. Lisensi yang diberikan tidak boleh menghalangi pihak ketiga untuk menjual atau memberikan *software* sebagai bagian dari distribusi sekumpulan *software* yang berasal dari sumber yang berbeda. Lisensi jenis ini tidak memerlukan royalti ataupun biaya lainnya.
- b. *Source Code*. Program yang dimaksud harus memasukkan *source code* dan memperbolehkan distribusi dalam bentuk *source code*. Jika bentuk *source code* ini tidak tersedia, maka harus disertakan keterangan cara mengunduh *source code* ini secara gratis melalui internet.
- c. *Derived Works*. Lisensi yang diberikan harus memperbolehkan adanya modifikasi dan produk turunan (derivatif), serta memperbolehkan distribusinya dengan persyaratan lisensi yang sama dengan produk asalnya.
- d. *Integrity of the Author's Source Code*. Lisensi yang diberikan dapat melarang distribusi *source code* yang dimodifikasi jika lisensi tersebut memperbolehkan distribusi "*patch files*" (versi penyempurnaan sebuah program) bersama *source code* untuk memodifikasi program. Lisensi ini harus secara eksplisit mengizinkan distribusi *software* yang dibangun dari modifikasi *source code*. Lisensi ini juga dapat

²²² Edmon Makarim, *Op. Cit*, hal. 315-316 yang direvisi penulis sebagaimana dikutip dari <http://www.opensource.org/docs/osd>.

mensyaratkan penamaan atau pemberian *version number* yang berbeda dari *software* asal bagi produk derivatifnya.

- e. *No Discrimination against Persons or Groups*. Lisensi yang diberikan tidak boleh mengandung diskriminasi terhadap orang perorangan ataupun sekelompok orang tertentu.
- f. *No Discrimination against Fields of Endeavor*. Lisensi yang diberikan tidak boleh melarang siapapun untuk menggunakan program dalam bidang usaha tertentu.
- g. *Distribution of License*. Hak yang terdapat dalam program komputer berlaku bagi semua pihak yang memperoleh redistribusi program tanpa adanya lisensi tambahan.
- h. *License Must Not Be Specific to a Product*. Hak yang terdapat dalam program komputer tidak boleh bergantung pada model distribusi program tertentu.
- i. *License Must Not Contaminate Other Software*. Lisensi yang diberikan tidak boleh memberikan batasan tertentu terhadap *software* lainnya yang didistribusikan bersamaan.
- j. *License Must Be Technology-Neutral*. Lisensi tidak boleh mendiskreditkan bentuk teknologi atau model *interface* tertentu.

Standard software yang juga dikenal sebagai *package software*²²³ atau *off-the-shelf software*²²⁴ merupakan perangkat lunak yang diproduksi secara massal dan dipasarkan secara bebas sebagaimana halnya perangkat keras. Tipe ini dapat berupa *applications software* (*word processing*, dan lain-lain), *operating system software* (Windows, iOS, dan lain-lain), ataupun *utility software* seperti *disk management software*, *anti-virus software*, dan lain-lain.²²⁵

²²³ Morgan dan Stedman menyatakan bahwa “*Package software is becoming simply a commodity and as such marketed like hardware. This is particularly true of PC software.*” Richard Morgan and Kit Burden, *Morgan and Stedman on Computer Contracts*, Sixth Edition (London: Sweet & Maxwell, 2001) hal. 43.

²²⁴ Bainbridge menjelaskan definisi *off-the-shelf software* sebagai berikut: “*This is software which is required as a ready-made package; it is mass-produced software usually obtained from a dealer and includes familiar packages such as word processing systems, spreadsheets and databases. It can be described as ‘general purpose software’.*” David I. Bainbridge, *Computer Law*, Fourth Edition (Essex: Pearson Education Limited, 2000) hal. 234.

²²⁵ *Ibid.*

Tipe ini menggunakan *shrink-wrap licensing* sebagai metode perlisensiannya terhadap pengguna. *Shrink-wrap license* ini merupakan “perjanjian” antara pihak pembuat perangkat lunak (atau pelaku usaha) dengan konsumen/ penggunanya yang mulai berlaku ketika konsumen membuka/ merobek segel paket perangkat lunak tersebut sebagai bentuk “persetujuan” konsumen terhadap klausula lisensi yang dapat terbaca dari luar paket.²²⁶ Jika perangkat lunak tersebut diperoleh konsumen melalui *over-the-air* (OTA), maka lisensi ini akan berlaku ketika konsumen meng-klik tombol “*accept*” atau “*agree*” terhadap lisensi tersebut. Mekanisme ini dikenal dengan *click-wrap license*.

Seperti halnya dengan perangkat lunak yang dilisensikan secara “*as-is*” (sebagaimana adanya) melalui *shrink-wrap license*, lisensi jenis ini pun juga diperjanjikan secara *as-is*, dalam pengertian yaitu konsumen harus menyetujui keseluruhan isi perjanjian untuk dapat menggunakannya, dan jika tidak menyetujuinya maka konsumen tidak dapat menggunakannya sama sekali atau dapat dikembalikan kepada penjual dengan jaminan *refund*. Dalam hal ini, walaupun di antara para pihak tidak terjadi komunikasi secara langsung, namun *offer*, *acceptance* dan *consideration* yang merupakan elemen perjanjian²²⁷ tetap harus diakomodir.

Offering atau penawaran dapat dilakukan pihak produsen (developer maupun pelaku usaha) dengan cara memperlihatkan perjanjian lisensi sebelum konsumen menggunakan atau membuka paket perangkat lunak. *Acceptance* atau penerimaan/ persetujuan dapat dilakukan konsumen dengan cara menandatangani kartu pengguna maupun meng-klik tombol yang disediakan produsen perangkat lunak. Sedangkan elemen *consideration* atau pertimbangan ini karena sifatnya yang relatif, aturan yang berlaku hanyalah bahwa pihak produsen sebagai *offeror* tidak dapat menyatakan secara sepihak bahwa dengan tidak melakukan apapun berarti menyetujui perjanjian (*silence means acceptance*), dan bahwa para pihak tidak dapat memberlakukan perjanjian lisensi melalui ultimatum secara sepihak.

Namun demikian, dalam pelaksanaannya tidaklah semudah itu, karena dalam sebuah transaksi perangkat lunak antara perusahaan besar dalam jumlah

²²⁶ Chris Reed and John Angel, *Op. Cit*, hal. 42.

²²⁷ Menurut teori perjanjian, terjadinya perjanjian adalah pada saat terjadi kesepakatan antara para pihak, yakni pada saat bertemunya *offer* dan *acceptance*.

yang juga besar, tentunya terdapat pihak-pihak lain yang terlibat yang membutuhkan biaya, seperti perusahaan pengangkutan, asuransi dan lain-lain. Jika pada saat paket diterima dan ternyata konsumen tidak menyetujui klausula yang tertera dalam *shrink-wrap license*, lalu siapakah yang harus menanggung biaya dan proses pengiriman dan pengembaliannya?²²⁸ Hal inilah yang kemudian dapat menjadi masalah tersendiri dalam dunia praktek.

Dari segi kepemilikan hak kekayaan intelektual, hak ini tetap dipegang oleh pembuat perangkat lunak, dimana konsumen/ pengguna hanya memperoleh lisensi untuk menggunakannya dengan batasan-batasan tertentu. Hal ini disebabkan oleh kaidah hak kekayaan intelektual baik hak cipta maupun paten, yang mewajibkan adanya unsur keaslian (orisinalitas) maupun kebaruan (*novelty*) pada perangkat lunak untuk dapat dilindungi. Kedua hal ini tentunya dimiliki oleh pembuat perangkat lunak, sebagai pihak yang memiliki inisiatif untuk membangun perangkat lunak tersebut, sehingga kemudian perlindungan hak kekayaan intelektual diberikan kepada pihak pembuat, dimana pengguna/ konsumen diberikan hak untuk menggunakannya dengan batasan-batasan tertentu yang telah diperjanjikan dalam lisensi.

Baik *bespoke software* maupun *customized software* menggunakan mekanisme yang berbeda dan bersifat unik untuk perlisensiannya. Hal ini dikarenakan transaksi atau perjanjian antara produsen dengan konsumen telah terjadi sebelum perangkat lunak itu dipergunakan, bahkan sebelum dibuat, dimana pihak konsumen merupakan pihak yang memiliki inisiatif. Kedua jenis perangkat lunak ini dibuat dan/ atau dikustomisasi berdasarkan keinginan dan konsep yang diajukan oleh konsumen. Oleh karena itu maka pada umumnya hak kekayaan

²²⁸ Contoh kasus terkait dengan kesepakatan *shrink-wrap license* ini yaitu kasus *Beta Computers (Europe) Ltd v. Adobe Systems (Europe) Ltd [1996] FSR 367*, dimana Beta bertindak sebagai pemasok perangkat lunak pihak ketiga bagi Adobe. Setelah pesanan perangkat lunak diterima Adobe dari Beta berdasarkan pesanan telepon, dimana pernyataan *shrink-wrap license* dapat terlihat dari sampul penjualan, ternyata Adobe tidak menggunakan perangkat lunak tersebut dan mengembalikannya kepada Beta dalam kondisi utuh (tidak disobek/ dibuka). Namun Beta tidak mau menerimanya dan menuntut pembayaran atas pembelian perangkat lunak tersebut. Dalam pembelaannya, Adobe menyatakan bahwa transaksi (*offer, acceptance* dan *consideration*) terpenuhi jika Adobe merobek segel paket penjualan sebagai tanda persetujuan, dimana hal itu tidak dilakukan olehnya, dan bahwa pesanan melalui telepon bukanlah merupakan perjanjian, melainkan bagian dari elemen *consideration*. Dengan kata lain, perjanjian (kesepakatan) antara Adobe dengan Beta terjadi jika Adobe merobek/ membuka segel paket penjualan sebagai tanda persetujuan *shrink-wrap license*.

intelektual dimiliki oleh pihak konsumen/ pengguna sebagai pihak yang memesan dan mendanai pembuatan perangkat lunak ini.

Dampak dari hal ini terhadap lisensi atau perjanjian antara produsen perangkat lunak dengan konsumennya yaitu pada mekanisme pertanggungjawaban saat terjadi kerusakan (*error/ defect*) dan persyaratan (*terms*) lisensi yang akan diuraikan berikut ini.²²⁹ Pada *bespoke software*, inisiatif atas fungsi dan konsep perangkat lunak dimiliki oleh pengguna (*tailored software*), dimana pihak *developer* hanya bertindak sebagai “kontraktor” perangkat lunak saja. Oleh karena itu, dalam hal ini tentunya posisi tawar pengguna menjadi lebih kuat, dimana yang menjadi pihak *offerer* adalah pengguna, dan *acceptor* adalah produsen perangkat lunak.

Perjanjian terjadi saat terdapat kesepakatan antara produsen dengan konsumen yang meliputi lingkup pekerjaan dan harga/ biaya. Hal ini tentunya sangat mirip dengan perjanjian pekerjaan pemborongan jasa sebagaimana diatur dalam pasal 1604-1617 KUHPerdara. Dengan sendirinya, pertanggungjawaban produsen sebagai kontraktor proyek pembuatan perangkat lunak biasanya hanya meliputi garansi akan berfungsinya perangkat lunak sesuai dengan keinginan pengguna dan garansi perbaikan atau perawatan (*after sales service*). Dalam hal ini terlihat bahwa perangkat lunak tidak dilihat sebagai “barang”, melainkan sebagai “jasa”, karena transaksi yang terjadi adalah transaksi jasa pembuatan perangkat lunak yang diprakarsai oleh pihak pengguna/ konsumen.

Lain halnya dengan *customized software*. Proses yang terjadi dalam pembuatan *customized software* yaitu pertama-tama pihak *developer* membuat suatu perangkat lunak dan memasarkannya, pada umumnya dipasarkan sebagai *standard software*. Kemudian pihak pengguna yang ingin mengkustomisasinya sesuai dengan keinginan dan kebutuhannya menghubungi *developer* tersebut ataupun perusahaan konsultan teknologi informasi (*Information Technology/ IT*) lainnya untuk mencapai tujuannya itu. Di sini terlihat ada dua kemungkinan pihak kontraktor kustomisasi perangkat lunak tersebut, yakni pihak *developer* yang bersangkutan atau pihak ketiga, dimana terdapat pula dua kemungkinan model perjanjian yang dapat terjadi dengan pihak pengguna.

²²⁹ Disarikan dari hasil wawancara dengan narasumber (anonim) pada *Application Line of Business* PT. Oracle Indonesia, 10 Juni 2010.

Pertanggungjawaban pihak *developer* yang bersangkutan sebagai kontraktor kustomisasi perangkat lunak terhadap pihak pengguna akan lebih luas batasannya dibandingkan jika pihak ketiga yang mengerjakannya. Dalam hal ini mungkin saja perjanjian lisensi *standard software* tersebut dikustomisasi sehingga bentuk perjanjian yang terjadi akan menjadi seperti halnya perjanjian *bespoke software*. Kemungkinan yang kedua yaitu adanya perjanjian lisensi tambahan yang melengkapi perjanjian induknya, baik antara pihak pengguna dengan kontraktor, baik *developer* itu sendiri maupun pihak ketiga lainnya. Jika yang terjadi adalah bentuk perjanjian yang kedua, maka dalam perjanjian lisensi ini perangkat lunak dilihat sebagai “jasa” kustomisasi, dimana perangkat lunak sebagai “barang” telah diperjanjikan dalam lisensi *standard software*. Sedangkan pertanggungjawaban pihak kontraktor terhadap pengguna hanya sebatas fungsi perangkat lunak setelah dilakukan kustomisasi dan tidak *overlapping* terhadap perjanjian lisensi *standard software* induknya.

Pada dasarnya, lisensi perangkat lunak harus meliputi hal-hal sebagai berikut:²³⁰

- a. kepada siapa lisensi tersebut diberikan;
- b. perlengkapan dan lokasi penggunaan lisensi yang diperbolehkan;
- c. aplikasi perangkat lunak yang diperbolehkan (biasanya sub-licensing tidak diperbolehkan);
- d. keterangan mengenai apakah *source code* atau *object code* juga disertakan;
- e. keterangan mengenai apakah lisensi yang diberikan itu bersifat eksklusif atau tidak;
- f. keterangan mengenai apakah pemegang lisensi dapat mengalihkan lisensi tersebut;
- g. jangka waktu lisensi, apakah ada masa keberlakuan tertentu atau tidak terbatas;
- h. kerahasiaan, dimana dalam lisensi dapat disebutkan bahwa perangkat lunak tersebut mengandung informasi yang bersifat rahasia sehingga oleh karenanya tidak boleh diketahui pihak lain;

²³⁰ Diane Rowland & Elizabeth Macdonald, *Op. Cit.*, hal. 106.

- i. klausula pengecualian (*disclaimer*), dimana klausula ini dapat ditentukan oleh lisensor untuk membatasi kewajibannya terhadap penerima lisensi.

Berdasarkan persyaratan di atas, maka dapat dikatakan bahwa baik *standard software*, *bespoke software*, *customized software*, *proprietary* maupun *open source software* harus mencantumkan setidaknya sembilan klausula tersebut dalam perjanjian lisensi dengan penggunanya (*end user license agreement*). Demikian pula halnya dengan *patented software* maupun *copyrighted software* yang harus mencantumkan setidaknya sembilan klausula di atas, karena perbedaan yang mendasar dari keduanya adalah pada batasan perlindungannya. Sebagai contoh, sebuah naskah tertulis berisi *source code* perangkat lunak yang dilindungi oleh hak cipta memiliki perlindungan atas terjadinya penggandaan atau pengkopian di luar perjanjian lisensi yang diberikan berdasarkan pasal 2 UU Hak Cipta, namun untuk implementasinya (misalnya untuk rekayasa perangkat lunak) tidak dilindungi oleh hak cipta. Sedangkan paten proses yang dimiliki oleh pembuat *source code* tersebut hanya melindunginya dari implementasi di luar perjanjian lisensi yang diberikan, dan tidak melindunginya dari penggandaan ataupun pengkopian perangkat lunak.²³¹

Perbandingan Jenis Perangkat Lunak (<i>Software</i>)			
No.	Jenis <i>Software</i>	Sifat	Lisensi
1.	Berdasarkan pembuatan		
	a. <i>Standard</i>	<i>Mass-produced</i>	<i>Shrinkwrap/ clickwrap license</i>
	b. <i>Bespoke (tailor-made)</i>	<i>Made by request</i>	Perjanjian pemborongan pekerjaan
	c. <i>Customized</i>	<i>Made by request based on mass-produced software</i>	Perjanjian pemborongan pekerjaan dan <i>shrinkwrap/ clickwrap license</i>
2.	Berdasarkan kode sumber		
	a. <i>Open Source</i>	<i>Source code is open</i>	Apache, GNU GPL, LGPL, etc.
	b. <i>Proprietary</i>	<i>Source code is not published</i>	<i>Shrinkwrap/ clickwrap license</i>
3.	Berdasarkan HAKI		
	a. <i>Patented</i>	Mendapat perlindungan paten	Lisensi paten, melindungi dari implementasi paten proses di luar lisensi
	b. <i>Copyrighted</i>	Perlindungan hak cipta	Lisensi hak cipta, melindungi dari penggandaan <i>software</i>

²³¹ Berdasarkan contoh serupa dari Chris Reed and John Angel, *Op. Cit*, hal. 158.

4.	Berdasarkan lingkup lisensi		
	a. <i>Public</i>	Dapat digunakan oleh publik (layanan sistem informasi publik)	<i>End-User License Agreement (EULA)</i>
	b. <i>Private</i>	Digunakan untuk kepentingan swasta (perorangan, perusahaan, organisasi, dll)	Perjanjian lisensi terbatas
5.	Berdasarkan pembayaran		
	a. <i>Free</i>	Diperoleh konsumen secara gratis	Dapat berupa <i>proprietary</i> atau <i>GNU license</i>
	b. <i>Paid</i>	Diperoleh konsumen dengan membayar sejumlah tertentu	Dapat berupa <i>proprietary</i> atau <i>GNU license</i>

Tabel 3.1. Perbandingan Jenis Perangkat Lunak (*Software*)

3.1.4. Perlindungan Hukum terhadap Konsumen Perangkat Lunak

Perlindungan hukum terkait dengan perangkat lunak tentunya tidak hanya diberikan kepada pihak produsennya saja, melainkan juga terhadap konsumennya. Timbulnya perlindungan hukum yang khusus terhadap konsumen perangkat lunak dilatarbelakangi adanya beberapa permasalahan yang menyangkut kepentingan konsumen diantaranya sebagai berikut:²³²

- a. konsumen tidak dapat langsung mengidentifikasi, melihat atau menyentuh barang yang akan dipesan;
- b. ketidakjelasan informasi tentang produk (barang dan jasa) yang ditawarkan dan/ atau tidak ada kepastian apakah konsumen telah memperoleh berbagai informasi yang layak diketahui atau yang sepatutnya dibutuhkan untuk mengambil suatu keputusan dalam bertransaksi;
- c. tidak jelasnya status subjek hukum dari si pelaku usaha (produsen);
- d. tidak ada jaminan keamanan bertransaksi dan privasi serta penjelasan terhadap resiko-resiko yang berkenaan dengan sistem yang digunakan, khususnya dalam hal pembayaran secara elektronik baik dengan *credit card* maupun *electronic cash*;

²³² Edmon Makarim, *Op. Cit*, hal. 344.

- e. pembebanan resiko yang tidak berimbang karena umumnya terhadap jual beli di internet, pembayaran telah lunas dilakukan di muka oleh si konsumen, sedangkan barang belum tentu diterima atau akan menyusul kemudian karena jaminan yang ada adalah jaminan pengiriman barang, bukan penerimaan barang;
- f. transaksi yang bersifat lintas batas negara (*borderless*) menimbulkan pertanyaan mengenai yurisdiksi hukum negara mana yang sepatutnya diberlakukan.

Namun demikian, permasalahan terkait hak-hak konsumen tidaklah hanya terbatas pada hal-hal tersebut di atas, karena bentuk kesepakatan yang dapat terjadi pun dapat bermacam-macam dengan permasalahan yang berbeda-beda pula. Hal yang patut dicermati yaitu dalam kaitannya dengan perlindungan hukum terhadap konsumen perangkat lunak, dikenal adanya perbedaan definisi perangkat lunak sebagai "barang" (*goods*) dan "jasa" (*service*). Perbedaan ini dinyatakan secara tegas dalam pasal 1 angka 4 dan 5 Undang-Undang Nomor 8 tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen yaitu:²³³

Barang adalah setiap benda baik berwujud maupun tidak berwujud, baik bergerak maupun tidak bergerak, dapat dihabiskan maupun tidak dapat dihabiskan, yang dapat untuk diperdagangkan, dipakai, dipergunakan, atau dimanfaatkan oleh konsumen.

Jasa adalah setiap layanan yang berbentuk pekerjaan atau prestasi yang disediakan bagi masyarakat untuk dimanfaatkan oleh konsumen.

Pembedaan ini terlihat sebagai faktor yang signifikan manakala terjadi *defect* atau "kesalahan/ kecacatan" dalam perangkat lunak yang dapat menimbulkan kerugian pada konsumen sebagai pengguna, baik kerugian moral maupun materil. Hal ini terlihat dari contoh kasus berikut ini:²³⁴

- a. Dalam kasus *St Albans and District Council v. International Computers Ltd [1996] 4 All ER 481, CA*, hakim Scott Baker J menyimpulkan bahwa walaupun perangkat lunak dikemas dalam bentuk barang (*disket, compact disc* atau media lainnya), namun perangkat lunak itu sendiri belum tentu dapat dikatakan sebagai

²³³ Republik Indonesia, Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen.

²³⁴ Chris Reed, *Op. Cit.*, hal. 15-16.

”barang”. Dari putusan ini terlihat adanya perbedaan bahwa untuk *standard software* pada umumnya dapat dikategorikan sebagai barang (dengan pengecualian dalam kasus di bawah ini), sementara *bespoke software* dapat dikategorikan sebagai jasa.

- b. Dalam kasus *Beta Computers (Europe) Ltd v. Adobe Systems (Europe) Ltd [1996] FSR 367*, dikatakan bahwa perangkat yang menggunakan *shrink-wrap license* ini (yang biasanya adalah *standard software*) tidak dikategorikan sebagai barang, melainkan jasa. Pengecualian ini terjadi karena perangkat lunak tersebut dianggap sebagai *customized software*, dimana Beta bertindak sebagai pemasok perangkat lunak tersebut bagi Adobe, sedangkan yang menjadi pembangunnya adalah Informix.

Dampak dari perbedaan antara ”barang” dengan ”jasa” terkait dengan kerugian yang dialami konsumen yang merupakan tanggung jawab produsen adalah sebagai berikut:²³⁵

- a. Ganti kerugian atas *defect* terhadap barang meliputi penggantian barang dengan yang dapat berfungsi sebagaimana seharusnya, atau nominal tertentu yang nilainya dapat dipersamakan dengan harga barang tersebut.
- b. Ganti kerugian atas *defect* terhadap jasa meliputi biaya kerugian dan kerugian atas keuntungan yang hilang karena terjadinya *defect (loss profit)*.

Adanya kepentingan yang berbeda yang dimiliki konsumen/ pengguna perangkat lunak dalam tiap kasus tentu menimbulkan tuntutan atas ganti kerugian yang berbeda pula bentuknya. Permasalahan yang ada terkait dengan hal ini yaitu belum adanya perbedaan yang berlaku secara universal mengenai kapan perangkat lunak itu termasuk ke dalam kategori barang, dan kapan perangkat lunak dapat dikategorikan sebagai jasa. Pentingnya kategorisasi secara universal ini adalah karena transaksi elektronik untuk perangkat lunak saat ini sudah meliputi lintas batas negara, sehingga sebaiknya terdapat justifikasi yang sama

²³⁵ Government of Maine State, “Maine Consumer Law Guide”, <<http://www.maine.gov>> diunduh pada tanggal 23 Juli 2010 19.42 WIB.

dalam setiap yurisdiksi untuk menentukan sistem pertanggungjawaban hukum yang digunakan.

3.2. Pertanggungjawaban Hukum Produsen Perangkat Lunak

3.2.1. *Defect* dan *Liability* pada Perangkat Lunak

Sebagaimana telah disebutkan di bagian sebelumnya, baik di Amerika Serikat maupun Uni Eropa memiliki ketentuan mengenai perlindungan konsumen yang berlaku bagi seluruh negara (bagian) anggotanya. Walaupun ketentuan ini telah berlaku, namun ternyata kepentingan pihak konsumen kurang diakomodir, dimana keberpihakan terhadap pihak pelaku usaha (produsen perangkat lunak) masih jelas terlihat melalui mekanisme pertanggungjawabannya. Bagian ini membahas mengenai pengaturan dan permasalahan mengenai terjadinya *defect* pada perangkat lunak di wilayah Uni Eropa dan Amerika Serikat sebagai bahan perbandingan hukum terhadap implementasi di Indonesia.

Perangkat lunak merupakan "barang" yang tidak berwujud, melainkan hanya dapat digunakan melalui media tertentu, seperti *hard disk* komputer, *compact disc*, dan lain-lain. Penjualan perangkat lunak dilakukan melalui mekanisme lisensi, dimana kepemilikannya dilindungi oleh hukum hak kekayaan intelektual, yakni hak cipta atau paten. Hal ini menyebabkan mekanisme transaksi yang tidak sederhana transaksi jual-beli barang berwujud biasa. Selain itu, dimungkinkan juga adanya modifikasi terhadap perangkat lunak oleh pihak ketiga, sehingga menjadikan proses transaksi ini semakin rumit dan panjang.

Sifat wujud perangkat lunak yang masih dalam perdebatan ini mengakibatkan terjadinya perbedaan pendapat mengenai apakah perangkat lunak dapat dikatakan sebagai barang atau jasa. Lebih lanjut terkait dengan modifikasi atau kustomisasi perangkat lunak oleh pihak ketiga, apakah pihak ketiga tersebut kemudian dikategorikan sebagai pemasok (*supplier*) "barang"? Hal ini tentunya perlu untuk ditelaah dan didiskusikan lebih mendalam.

Secara garis besar, *product defect* menurut Black's Law Dictionary diartikan sebagai "*an imperfection in a product that has a manufacturing defect or*

*design defect, or is faulty because of inadequate instructions or warnings.*²³⁶ Secara khusus dalam kaitannya dengan perangkat lunak, *software defect* diartikan sebagai kegagalan fungsi (*malfunction*) perangkat lunak dalam menjalankan instruksi untuk mencapai tujuan yang diinginkan konsumen.²³⁷ Terjadinya *defect* pada perangkat lunak ini dapat disebabkan oleh banyak hal, baik kesalahan *hardware* maupun *software* seperti *spyware* dan *bug*,²³⁸ walaupun tidak setiap *bug* atau *error* pada komputer kemudian dapat dikategorikan sebagai *breach of contract*.²³⁹ Menurut Reed dan Welterveden, kerugian dapat disebabkan oleh adanya tiga tipe dasar kegagalan fungsi, yang terdiri dari:²⁴⁰

- Kegagalan fungsi perangkat keras (*hardware malfunctions*);
- Adanya kesalahan fungsi perangkat lunak yang berhubungan langsung dengan proses manual/ fisik; dan
- Adanya kesalahan fungsi perangkat lunak yang penting bagi kehidupan manusia.

“Kesalahan” (*fault*) dapat terjadi karena unsur kesengajaan (*intentional*) maupun kelalaian (*negligence*), yang dapat mengakibatkan kerugian pada konsumen. Kerugian inilah yang mengakibatkan perlunya mekanisme pertanggungjawaban hukum (*legal liability*) yang adil bagi para pihak, dimana terdapat yurisprudensi dan kebijakan yang berbeda-beda mengenai hal ini di setiap Negara.

3.2.1.1. Amerika Serikat

Peraturan perundang-undangan yang memayungi pengaturan mengenai perlindungan terhadap konsumen perangkat lunak di Amerika Serikat adalah UCC

²³⁶ Black’s Law Dictionary, *Op. Cit.*, hal. 450.

²³⁷ Diane Rowland & Elizabeth Macdonald, *Op. Cit.*, hal. 213. Lihat juga *malfunction* dalam *Restatement (Third) of Torts: Products Liability* s3, sebagaimana diuraikan sebelumnya dalam tulisan ini.

²³⁸ *Bug* adalah kesalahan teknis pemrograman yang secara fungsional terjadi akibat keterbatasan rangkaian perintah-perintah yang dibuat oleh programmer dalam melaksanakan suatu fungsi kerja tertentu, yang terjadi bukan karena kesengajaan melainkan karena keterbatasan metode dan cara dalam teknologi pemrograman. (Edmon Makarim, Tanggung Jawab, *Op. Cit.*, hal. 314).

²³⁹ Komentar hakim Steyn J dalam kasus *Eurodynamic Systems Plc v. General Automation Ltd [1988] unreported*, 6 September 199, sebagaimana dikutip dalam *Ibid*, hal. 122. *Contract* disini diartikan sebagai perjanjian lisensi perangkat lunak.

²⁴⁰ Chris Reed – Alison Welterveden, “Liability”, dalam Chris Reed and John Angel, *Op. Cit.*, hal. 87.

(*Uniform Commercial Code*) yang mengatur mengenai jaminan terhadap hak-hak konsumen dalam tingkat negara bagian (*state*), serta *Magnuson-Moss Warranty Act* yang mengaturnya dalam tingkatan pusat (*federal*) melalui amandemen dan penyempunaan UCC.²⁴¹ Sedangkan peraturan mengenai pertanggungjawaban produk diatur dalam *Restatement (Third) of Torts: Products Liability*. Oleh karena adanya konflik kepentingan, maka hingga kini belum terdapat penyeragaman (*uniform law*) yang menyatukan seluruh aspek perlindungan terhadap konsumen perangkat lunak dalam satu sumber hukum. Perdebatan mengenai pentingnya perundangan UCITA (*Uniform Computer Information Transactions Act*) dalam UCC masih terjadi hingga kini.

Menurut golongan oposisi, UCITA tidak memihak kepada konsumen dan developer berskala kecil, dan lebih memihak pada kepentingan pelaku usaha berskala besar.²⁴² UCITA memperbolehkan adanya penambahan klausula perjanjian secara sepihak setelah transaksi terjadi. Di sini terlihat adanya aspek *unfairness* dalam perjanjian, karena tidak lagi ada unsur persetujuan (*consent*) para pihak yang merupakan elemen utama dalam perjanjian. Selain itu UCITA juga memperkenankan adanya klausula pengecualian dalam perjanjian lisensi yang mengabaikan hak-hak konsumen dalam UCC dan *Magnuson-Moss Warranty Act*, sehingga hak-hak tersebut dapat menjadi tidak berlaku lagi,²⁴³ atau dengan kata lain perangkat lunak dapat dilisensikan secara “*as is*”. UCITA juga tidak mengharuskan pihak produsen perangkat lunak di Amerika Serikat untuk mengungkapkan ketidaksempurnaan perangkat lunaknya itu kepada konsumen, sehingga ketika terjadi *defect* maka produsen akan mudah untuk berlindung di balik ketentuan pengecualian dalam lisensi yang diberikannya itu.

American Tort Law mengenal asas *misrepresentation*, *strict liability*, *fault liability* dan *negligence* dalam mekanisme pertanggungjawaban hukum.²⁴⁴ *Misrepresentation* dapat terjadi manakala terdapat hubungan kontraktual antara produsen dengan konsumen, baik tertulis maupun tidak tertulis. Leder

²⁴¹ Lihat penjelasan sub bab A.4.a di atas.

²⁴² Richard Stallman, “Why We Must Fight UCITA”, *GNU Operating System*, <www.gnu.org>, diakses pada 27 Juli 2010 16.16 WIB.

²⁴³ David A. Szwak, “Uniform Computer Information Transactions Act (UCITA): The Consumer’s Perspective”, *Louisiana Law Review* (Louisiana, Fall 2002).

²⁴⁴ Farhah Abdullah, et. al., “Strict versus Negligence Software Product Liability”, *Computer and Information Science Journal*, Vol. 2 No. 4, November 2009.

mendefinisikan *misrepresentation* sebagai “a false statement of fact which includes the other party to enter into a contract”.²⁴⁵

Misrepresentation ini biasanya terjadi pada model *shrink-wrap license* (ataupun *click-wrap license*), dimana terdapat kesenjangan informasi antara produsen dengan konsumen mengenai perangkat lunak terkait, dan karena *terms and conditions* pada perjanjian (lisensi) biasanya dibuat secara sepihak, dimana konsumen tidak memiliki posisi tawar untuk menegosiasikan *terms and conditions* tersebut. Salah satu contoh kasus adalah *Digital Rights Management (DRM) software* yang diproduksi oleh Sony BMG pada tahun 2005.²⁴⁶ Dalam kasus ini yang terjadi adalah bahwa pada saat konsumen meng-*install* program ini pada komputer mereka, secara otomatis *spyware* yang terdapat dalam CD *software* tersebut ter-*install* pula, yang mengumpulkan dan mentransmisikan data aktivitas konsumen di komputernya, yang merupakan *privacy* konsumen. Menurut Chad A. Kirby, pengertian *spyware* meliputi aspek kebijakan (*policy*) dan aspek praktis sebagaimana dijelaskan berikut ini:²⁴⁷

Simply put, a definition of spyware needs two characteristics to be effective. As a policy matter, the definition should be designed to protect the user's control over his or her computer. As a practical matter, the definition must walk a fine line between technological neutrality and over-inclusiveness.

Bahkan dua minggu setelahnya, terdapat virus *Trojan horse* yang menginfeksi komputer dengan memanfaatkan *spyware* tersebut untuk mengakuisisi komputer konsumen yang menjalankan *DRM software*. Sebagai akibatnya, para konsumen kemudian mengajukan gugatan *class-action* terhadap produk Sony BMG tersebut karena disinyalir tidak aman bagi *privacy* konsumen. Pada mulanya, Sony BMG melakukan pembelaan dengan mengatakan bahwa *spyware* tersebut merupakan perangkat yang berfungsi untuk melindungi hak kekayaan intelektual dari *DRM software*. Namun kemudian setelah terjadi kerusakan yang lebih parah pada komputer konsumen, Sony BMG

²⁴⁵ Malcolm Leder and Peter Shears, *Op. Cit.*, hal. 26.

²⁴⁶ Jeremy Stanley, “Managing Digital Rights Management: Effectively Protecting Intellectual Property and Consumer Rights in the Wake of the Sony CD Copy Protection Scandal”, *A Journal of Law & Policy for the Information Society*, Spring 2008.

²⁴⁷ Chad A. Kirby, “Defining Abusive Software to Protect Computer Users from the Threat of Spyware”, *Computer Law Review and Technology Journal*, Texas: Summer 2006.

mengumumkan bahwa pihaknya akan menghentikan penggunaan DRM *software* sehingga lalu dilakukan penarikan CD perangkat lunak yang telah beredar di kalangan konsumen, serta membayar ganti kerugian kepada konsorsium yang terdiri dari konsumen DRM *software*.

Hal yang menjadi kunci dari kasus ini yaitu bahwa Sony BMG tidak mengungkapkan adanya *spyware* yang dapat meng-*install* dirinya sendiri ketika DRM *software* di-*install* pada komputer konsumen, dimana *spyware* tersebut amat sulit untuk dihapus dari komputer konsumen. Bahkan *End User License Agreement* (EULA) berupa *click-wrap license* dari DRM *software* tersebut tidak menyebutkan bahwa percobaan untuk menghapus program tersebut dapat menyebabkan kerusakan pada CD *drive* konsumen. Menurut Ohio Attorney General Jim Petro:²⁴⁸

“The Consumer Sales Practices Act states that all terms of a product must be disclosed to the consumer before they buy it. Sony's hidden software violated Ohio laws and put consumers' computers at risk Companies selling CDs and computer software need to disclose all that the consumer will be getting with the purchase.”

Kasus Sony BMG ini menunjukkan bahwa setiap produsen perangkat lunak di Amerika Serikat memiliki kewajiban *full-disclosure* terhadap seluruh aspek perangkat lunak terkait. Kewajiban ini bertujuan untuk melindungi hak konsumen yang dianggap tidak memiliki pengetahuan mengenai perangkat lunak tersebut sebagaimana diketahui oleh produsen. Adanya *defect* atau cacat tersembunyi pada perangkat lunak yang tidak diungkapkan kepada konsumen dikategorikan sebagai *misrepresentation act* sehingga dapat menyebabkan pembatalan perjanjian (lisensi), dimana produsen harus membayar sejumlah ganti rugi kepada konsumen. Selain itu, ketentuan dalam s 1205 *Copyright Act* juga melarang adanya pelanggaran privasi masyarakat (dalam hal ini konsumen) untuk kepentingan perlindungan hak kekayaan intelektual milik produsen.

Terjadinya *defect* pada perangkat lunak menimbulkan pertanggungjawaban hukum yang harus dipikul oleh salah satu pihak, baik produsen, konsumen, atau bahkan pihak ketiga. Namun demikian, belum ada *case*

²⁴⁸ Ohio, “39 States Settle with Sony BMG over Anti-copying Software”, *Insurance Journal*, <<http://www.insurancejournal.com/news/midwest/2006/12/28/75485.htm>> , December 28, 2006, dalam Jeremy Stanley, *Op. Cit.*

law di Amerika Serikat yang dapat dijadikan sebagai yurisprudensi mengenai pertanggungjawaban hukum terhadap terjadinya defect pada perangkat lunak, karena masih belum terdapat kesepakatan mengenai apakah perangkat lunak dikategorikan sebagai “barang” atau “jasa”.²⁴⁹ Sebagaimana diketahui, sejak *Restatement (Second) of Torts* s402A (1965) di Amerika Serikat menggunakan asas *strict liability* terhadap terjadinya *product defect* yang mengakibatkan kerugian fisik (*physical harm*).²⁵⁰ Implementasi asas ini berdampak adanya pembuktian terbalik, dimana beban pembuktian berada pada produsen yang wajib membuktikan bahwa dirinya tidak bersalah. Jika hal itu tidak terbukti maka kesalahan dianggap telah terjadi, sehingga produsen wajib membayar ganti kerugian kepada konsumen. Dampak lainnya yaitu bahwa dengan demikian perangkat lunak harus dilihat sebagai *tangible goods*, karena asas ini hanya berlaku terhadap “barang” (*tangible goods*).

Jika tidak ada *physical harm* yang diakibatkan oleh *product defect* tersebut, maka *tort law* di Amerika Serikat mengenal asas *fault liability*. Batasan *physical harm* dalam hal ini yaitu akibat cedera atau korban jiwa sebagai akibat langsung dari terjadinya *product defect*. Terdapat tiga unsur dalam *American tort law*, yakni unsur kesalahan (*wrong*), cedera atau kerugian fisik (*harm*) dan hubungan antara keduanya.²⁵¹ Perbedaan yang nyata antara *strict liability* dan *fault liability* diungkapkan secara sederhana menurut Coleman berikut ini:²⁵²

On the conventional view, the difference between fault and strict liability is that in strict liability, but not in fault liability, a defendant can be liable even if he has done nothing wrong. The common understanding, then, is that strict liability is liability without wrong, and fault liability alone is liability based on the injurer's wrong.

²⁴⁹ Simon Whittaker, “European Product Liability and Intellectual Products”, (1989) 105 LQR 125, p. 135 dalam Diane Rowland & Elizabeth Macdonald, *Op. Cit.*, hal. 218.

²⁵⁰ Selengkapnya ketentuan ini berbunyi:

(1) *One who sells any product in a defective condition unreasonably dangerous to the user or consumer or to his property is subject to liability for physical harm thereby caused to the ultimate user or consumer, or to his property, if (a) the seller is engaged in the business of selling such a product, and (b) it is expected to and does reach the user or consumer without substantial change in the condition in which it is sold.*

(2) *The rule stated in Subsection (1) applies although (a) the seller has exercised all possible care in the preparation and sale of his product, and (b) the user or consumer has not bought the product from or entered into any contractual relationship with the seller.*

²⁵¹ Jules Coleman, “Theories of Tort Law”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, rev. October 20th 2003.

²⁵² *Ibid.*

Salah satu kasus terkait dengan pertanggungjawaban hukum terhadap *defect* pada perangkat lunak ini yaitu *Hou-Tex Inc v. Landmark Graphic*, dimana pengadilan mengkategorikan perangkat lunak sebagai “barang” karena adanya definisi perangkat lunak yang dimaksud sebagai “*a highly technical tool used to create a graphic representation from technical data*”.²⁵³ Namun kasus ini tidak dapat dijadikan sebagai dasar generalisasi terhadap seluruh perangkat lunak untuk dikategorikan sebagai “barang”. Dalam kasus ini, *product defect* yang terjadi tidak mengakibatkan *physical harm*, melainkan hanya kerugian ekonomis yang diderita oleh Hou-Tex karena perangkat lunak yang diproduksi oleh Landmark tidak berfungsi dengan baik.²⁵⁴ Oleh karena itu, dan juga karena antara Landmark dengan Hou-Tex tidak ada hubungan kontraktual (pemegang lisensi perangkat lunak buatan Landmark tersebut adalah Saguaro, seorang kontraktor geologi), maka pengadilan pun mempergunakan asas *fault liability*, dimana Hou-Tex tidak dapat membuktikan adanya kesalahan Landmark yang menyebabkan kerugian padanya, sehingga pengadilan pun menolak gugatan Hou-Tex tersebut.²⁵⁵

Hal ini sesuai dengan uraian Coleman mengenai perbedaan lain antara *strict liability* dan *fault liability*, yaitu pada beban pembuktian sebagai berikut:

“A plaintiff under strict liability does not have to establish the fault of the defendant, though a judgment of strict liability does not necessarily mean that the defendant has acted innocently or justifiably... under fault liability, the plaintiff has to establish not only that he was wronged by the defendant but that in doing so the defendant acted wrongfully, that is, without justification or excuse.”

Dalam penerapan asas *strict liability*, penggugat tidak perlu membuktikan adanya kesalahan tersebut, melainkan hanya membuktikan bahwa terhadap produk (perangkat lunak) tersebut telah terjadi *defect* saat berpindah tangan dari produsennya serta hubungan kausalitas antara *defect* dengan kerugian yang dialami.²⁵⁶ Hal ini terlihat dari kasus *Scott v. White Trucks 699 F.2d 714 (5th Cir. 1983)*, dimana truk yang dilengkapi perangkat lunak *anti-lock-brake system* mengalami kecelakaan akibat kegagalan fungsi perangkat lunak tersebut.

²⁵³ Diane Rowland & Elizabeth Macdonald, *Op. Cit.*

²⁵⁴ *Hou-Tex, Inc. v. Landmark Graphics*, 26 SW 3d 103 - Tex: Court of Appeals, 26 S.W.3d 103 (2000)

²⁵⁵ Jules Coleman, *Op. Cit.*

²⁵⁶ *Scott v. White Trucks 699 F.2d 714, 716-17 (5th Cir. 1983)*

Pengadilan kemudian mengabulkan gugatan ganti kerugian supir truk yang mengalami cedera akibat kecelakaan tersebut berdasarkan asas *strict liability*, dimana penggugat tidak perlu membuktikan adanya faktor kesalahan dalam kejadian ini.

Asas ini berbeda dengan asas *absolute liability*, dimana pertanggungjawaban bersifat mutlak atau final. Oleh karena faktor kesalahan dan kausalitas dianggap sudah jelas terjadi, maka upaya perlawanan sudah tidak diperlukan lagi, sehingga batasan pemulihan kerugian harus telah ditentukan secara limitatif oleh Undang-Undang dan bersifat final.²⁵⁷

Lain halnya dengan asas *negligence*, dimana penggugat harus membuktikan bahwa pihak tergugat (produsen perangkat lunak) memiliki standar “prinsip kehati-hatian” (*duty of care*) tertentu, dan bahwa ia melanggar standar tersebut sehingga menyebabkan kerugian pada penggugat. Dalam hal ini terlihat ada tiga hal yang harus dibuktikan oleh penggugat, termasuk adanya hubungan sebab-akibat di antara ketiganya.

Pembuktian *duty of care* ini terlihat dalam kasus *Independent School District No. 454, Fairmont, Minnesota v. Statistical Tabulating Corporation* (1973) 359 *F Supp* 1095, dimana pihak penggugat (sekolah) mempekerjakan sebuah perusahaan survey untuk kepentingan pengajuan asuransi.²⁵⁸ Perusahaan survey ini kemudian mempekerjakan kembali pihak tergugat untuk pekerjaan pengukuran sekolah menggunakan sistem komputer yang dibangun oleh tergugat. Namun ternyata hasil pengukuran ini salah sehingga gedung sekolah berada dalam keadaan *under-insured* dan mengalami kerugian besar saat terjadi musibah kebakaran pada gedung sekolah tersebut. Dalam kasus ini penggugat berhasil membuktikan adanya kelalaian tergugat berupa *duty of care* yang tidak dilaksanakan pada saat pengerjaan proyek sehingga mengakibatkan kerugian pada penggugat yang kemudian harus dibayarkan oleh pihak tergugat.

Perkembangan *tort law* di Amerika yang kembali memasukkan unsur kesalahan (*negligence*) dalam pembuktian merupakan kebijakan yang melindungi

²⁵⁷ Edmon Makarim, *Tanggung Jawab, Op. Cit.*, hal. 166.

²⁵⁸ *Independent School District No. 454, Fairmont, Minnesota v. Statistical Tabulating Corporation* (1973) 359 *F Supp* 1095, dalam Chris Reed and John Angel, *Op. Cit.*, hal. 110.

kepentingan konsumen, bukan sebaliknya.²⁵⁹ Dengan dimungkinkannya pembuktian berdasarkan unsur-unsur ini, maka konsumen tidak lagi perlu membuktikan adanya *defect* dalam produk dalam hal terjadinya *misrepresentation*, *civil conspiracy*, *product malfunction* dan *negligent marketing*. Hal ini merupakan kabar baik bagi konsumen perangkat lunak, sebab kadangkala walaupun terjadi *malfunction* dalam sistem perangkat lunak, konsumen sulit untuk membuktikan adanya *defect* dalam produk. Demikian pula dalam hal terdapatnya *misrepresentation*, *civil conspiracy* dan *negligent marketing* dalam transaksi perangkat lunak yang dapat menimbulkan informasi yang menyesatkan bagi konsumen, terutama konsumen *standard software* yang menggunakan *shrink-wrap* atau *click-wrap license*, dimana unsur kesalahan produsen perangkat lunak dapat dijadikan sebagai dasar gugatan pertanggungjawaban produk tanpa perlu membuktikan adanya *defect* pada perangkat lunak.

3.2.1.2. Uni Eropa

Menurut Reed dan Welterveden, gugatan pertanggungjawaban hukum dapat diajukan berdasarkan:²⁶⁰

- (a) *Breach of contract, which can be subdivided into:*
 - *Contracts of sale or supply;*
 - *Contracts to provide services; and*
 - *License contracts.*
- (b) *Product liability, for physical injury or property damage caused by defective product.*
- (c) *Negligence claims for physical injury or property damage.*
- (d) *Negligence claims for financial loss, divided into:*
 - *Consequential losses because the software is unusable; and*
 - *Losses caused by reliance on information, produced by the software and addressed to the human mind.*

Pelanggaran terhadap perjanjian (*breach of contract*) dapat terjadi manakala terdapat hubungan kontraktual antara para pihak. Hal yang harus dapat dibuktikan yaitu adanya klausula (*terms*) yang dilanggar dalam perjanjian,

²⁵⁹ *Restatement (Third) of Torts: Products Liability* mengenal adanya *intentional torts* yang terdiri dari *misrepresentation*, *civil conspiracy*, *the malfunction doctrine* dan *negligent marketing*. Lihat penjelasan Bab II B bagian 2 a tulisan ini.

²⁶⁰ Chris Reed – Alison Welterveden, “Liability”, dalam Chris Reed and John Angel, *Op. Cit.*, hal. 87.

ataupun adanya *misrepresentation*, dimana pernyataan pra-kontrak dianggap sebagai *terms of contract*. Sengketa pelanggaran perjanjian lisensi merupakan hal yang jamak terjadi dalam kaitannya dengan industri perangkat lunak, sebab terdapat posisi yang tidak seimbang antara para pihak, dimana pihak konsumen tidak memiliki pengetahuan mengenai perangkat lunak tersebut sebagaimana dimiliki pihak produsen.

Kemungkinan terjadinya sengketa akibat posisi yang tidak seimbang ini biasanya terjadi pada model *shrink-wrap license* (ataupun *click-wrap license*), karena *terms and conditions* pada perjanjian (lisensi) biasanya dibuat secara sepihak, dimana konsumen tidak memiliki posisi tawar untuk menegosiasikan *terms and conditions* tersebut. Namun hal ini telah diakomodir dalam *UK Unfair Terms Act 1977* dan *EC Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts* yang kemudian diadopsi dalam *UK Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1994*.

Namun demikian, *EC Directive* ini belum dapat dikatakan sempurna dalam kaitannya dengan perlindungan terhadap konsumen perangkat lunak. Ketentuan ini hanya mengatur mengenai jual-beli barang ("*tangible goods*"), dan tidak meliputi "*service*" ataupun "*intangible goods*". Hal ini tentu menjadi permasalahan tersendiri dalam transaksi perangkat lunak yang pada hakikatnya bukan merupakan *tangible goods*. Kekurangan ini kemudian diakomodir melalui *Directive for the Protection of Computer Programs* yang menyatakan bahwa transaksi perangkat lunak melalui mekanisme perlisensian dapat dikategorikan sebagai "*sale of goods*".²⁶¹

Sedangkan permasalahan hukum yang biasanya terjadi pada *bespoke software* maupun *customized software* adalah adanya pernyataan pra-kontrak (*pre-contractual statements*) yang dapat menjadi ketentuan dalam perjanjian (*terms of contract*) maupun keterangan yang tidak benar (*misrepresentation*).²⁶² Adanya *misrepresentation* dalam perjanjian dapat mengakibatkan gugatan ganti kerugian (*remedy*) dan/ atau pembatalan perjanjian, dimana pihak yang terbukti bersalah

²⁶¹ Ida Madieha Azmi, "Contract or copyright? Software licensing and the control of information products: the Malaysian perspective", *Computer and Telecommunications Law Review*, 2001.

²⁶² Diane Rowland & Elizabeth Macdonald, *Op. Cit.*, hal. 127. Untuk definisi *misrepresentation* lihat Malcolm Leder and Peter Shears, *Op. Cit.*

harus mengembalikan keadaan ke keadaan sebelum terjadinya perjanjian (*restitutio in integrum*), berdasarkan kategori *misrepresentation* yang terjadi (*fraudulent*, *negligent* atau *innocent*).²⁶³

Permasalahan hukum ini terlihat dalam kasus *Mackenzie Patten & Co v. British Olivetti Ltd [1984] unreported, 11 January*, terkait jual-beli perangkat keras dan perangkat lunak.²⁶⁴ Dalam kasus ini, gugatan berawal pada transaksi para pihak, dimana pihak penggugat pada saat itu tidak memiliki pengetahuan maupun pengalaman sama sekali terhadap komputer sehingga ia bergantung sepenuhnya pada keterangan penjual (tergugat) sebelum tercapai kesepakatan. Namun ternyata komputer tersebut tidak dapat menjalankan fungsi sebagaimana diinginkan oleh konsumen (penggugat), sehingga kemudian gugatan diajukan berdasarkan pelanggaran pernyataan penjual mengenai komputer tersebut. Dalam gugatan tersebut dinyatakan bahwa pernyataan pra-kontrak yang terjadi antara para pihak dianggap sebagai ketentuan dalam kontrak sekaligus keterangan yang tidak benar. Gugatan ganti kerugian (*remedy*) tersebut dikabulkan oleh hakim, dengan dasar pemikiran yaitu bahwa ketidaktahuan konsumen ini menjadikan keterangan penjual adalah sangat penting bagi keputusan yang diambilnya pada saat itu, sehingga kemudian pelanggaran terhadap pernyataan pra-kontrak (yang tidak tertulis) dianggap sebagai pelanggaran perjanjian, dimana ganti rugi harus diberikan kepada korban. Hakim tidak mengabulkan gugatan atas dasar *misrepresentation*, karena unsur-unsurnya tidak terbukti dalam kasus ini, sehingga ganti rugi yang diberikan adalah ganti kerugian materil berdasarkan *pre-contractual statements*.²⁶⁵

²⁶³ Menurut Leder, (Malcolm Leder and Peter Shears, *Op. Cit.*, hal. 27-28), kategori *misrepresentation* terdiri dari:

(a) *Fraudulent misrepresentation*: "... if it is made knowingly, or without belief in its truth, or recklessly, careless whether it be true or false."

(b) *Negligent misrepresentation*: "A false statement of fact... made negligently unless the party making the statement 'proves that he had reasonable ground to believe and did believe up to the time the contract was made that the facts represented were true.'"

(c) *Innocent misrepresentation*: "false statement honestly made, where the maker of the statement is able to disprove negligence."

²⁶⁴ *Op. Cit.*, hal. 130.

²⁶⁵ *The Misrepresentation Act 1967* di Inggris menyebutkan bahwa *rescission of contract* (pembatalan perjanjian yang menyebabkan pengembalian keadaan ke sebelum terjadinya perjanjian) dapat dilakukan jika terjadi *misrepresentation*. UK State Law Database, *Misrepresentation Act 1967 c.7, Art. 1*.

Hal yang menarik dari kasus ini yaitu bahwa ternyata sebuah pernyataan pra-kontrak yang tidak tertulis dapat menjadi bagian dari perjanjian yang memiliki kekuatan mengikat yang sama dengan perjanjian (tertulis) itu sendiri terhadap para pihak. Walaupun demikian, patut digarisbawahi pula mengenai keharusan adanya alasan yang kuat agar hal ini berlaku, yakni ketidaktahuan konsumen serta bahwa keterangan penjual tersebut akan berakibat lain bagi transaksi jika ia menyatakan yang sebaliknya. Hal ini tentunya menunjukkan keberpihakan hukum Inggris (dan Uni Eropa) terhadap konsumen.

Berkembangnya industri perangkat lunak yang melibatkan semakin banyak pihak dalam sebuah transaksi perangkat lunak menjadikan permasalahan tersendiri terhadap doktrin *privity of contract* yang menyatakan bahwa “... *a person cannot take the benefit of a contract unless he is also a party to it.*”²⁶⁶ Doktrin ini kemudian dirubah dalam *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999* yang pada intinya menyatakan bahwa pertanggungjawaban hukum dapat dimintakan walaupun tidak terdapat hubungan kontraktual, sehingga kemudian gugatan dapat diajukan atas dasar *product liability*.

Gugatan atas dasar *product liability* tentunya hanya dapat dilakukan apabila terdapat “barang” (*product*) yang mengalami kerusakan (*defect*) sehingga menyebabkan cedera fisik ataupun kerusakan pada barang. *EC Directive* mendefinisikan *defect* sebagai berikut:²⁶⁷

1. *A product is defective when it does not provide the safety which a person is entitled to expect, taking all circumstances into account, including:*
 - (a) *the presentation of the product;*
 - (b) *the use to which it could reasonably be expected that the product would be put;*
 - (c) *the time when the product was put into circulation.*
2. *A product shall not be considered defective for the sole reason that a better product is subsequently put into circulation.*

Hubungan antara *defective product* (dalam hal ini *defective software*) dengan kerugian yang dialami inilah yang harus dibuktikan di pengadilan untuk

²⁶⁶ Chris Reed and John Angel, *Op. Cit.*, hal. 42.

²⁶⁷ EEC, *Council Directive of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products* (85/374/EEC) (OJ L 210, 7.8.1985, p. 29)

mengetahui asas pertanggungjawaban hukum mana yang sesuai diimplementasikan dalam kasus terkait. Yurisprudensi di Negara-negara Uni Eropa (termasuk Inggris) menunjukkan kecenderungan kategorisasi perangkat lunak sebagai “barang” (*product*), bukan sebagai “jasa” (*service*), dimana walaupun pada kenyataannya perangkat lunak bersifat *intangible*, namun proses pengalihannya tidak terlepas dari *tangible product*, yakni media penyimpanan perangkat lunak tersebut. Namun hal ini belum dapat dijadikan sebagai penyeragaman hukum, karena masih terdapat pengecualian-kecualian akibat adanya berbagai macam jenis perangkat lunak dan jenis lisensi, seperti dalam kasus *St Albans and District Council v. International Computers Ltd [1996] 4 All ER 481, CA* dan *Beta Computers (Europe) Ltd v. Adobe Systems (Europe) Ltd [1996] FSR 367* yang telah disebutkan dalam bagian sebelumnya dari tulisan ini.²⁶⁸ Berdasarkan kasus tersebut dapat dikatakan bahwa *standard software* cenderung dikategorikan sebagai “barang”, sedangkan *customized* dan *bespoke software* cenderung dikategorikan sebagai “jasa”, walau perbedaan ini tidak selalu dapat diimplementasikan dalam kasus-kasus yang terjadi.

Seperti halnya dengan Amerika Serikat, untuk asas *product liability* di Uni Eropa dikenal *fault liability* dan *strict liability*. Namun berbeda dengan di Amerika Serikat, *fault liability* menurut *European Tort Law* didasarkan pada tindakan kelalaian, yang dapat berupa kesengajaan (*intentional conduct*) ataupun ketidaksengajaan/ kelalaian (*negligent conduct*).²⁶⁹ Namun *fault liability* ini tentunya berbeda dengan perbuatan melawan hukum (*unlawfulness*), dimana terdapat batasan-batasan pertanggungjawaban terhadap kepentingan yang dilanggar untuk tetap dapat dilindungi oleh *tort law*. Adanya perbedaan inilah yang menyebabkan dipergunakannya dasar ketidaksengajaan dalam *fault liability*, dimana unsur “kesalahan dalam berbuat” harus dapat dibuktikan, sementara *unlawfulness* mengharuskan adanya unsur “perbuatan yang salah (melawan hukum)”.

Menurut Reed, penyebab potensial terhadap kerugian pada konsumen perangkat lunak dapat diklasifikasikan dalam empat cara, yakni:²⁷⁰

²⁶⁸ Chris Reed and John Angel, *Op. Cit.*, hal. 15-16.

²⁶⁹ Cees van Dam, *Op. Cit.*, hal. 113.

²⁷⁰ *Op. Cit.*, hal. 105.

- Kelalaian dalam mendesain sistem (perangkat lunak);
- Kelalaian dalam mengoperasikan sistem (perangkat lunak);
- Kelalaian dalam mempercayakan pada output sistem (perangkat lunak); dan
- Kegagalan dalam menggunakan sistem perangkat lunak.

Untuk dapat mengetahui terdapatnya unsur kelalaian, pengadilan melakukan *duty of care test* yang bertujuan untuk mengetahui apakah tergugat seharusnya telah dapat memperkirakan terjadinya *defect* pada perangkat lunak sebelum perangkat lunak itu beralih.²⁷¹ Berdasarkan hal tersebut, tentunya diperlukan adanya standar profesional untuk *duty of care* dari profesi tertentu – khususnya produsen perangkat lunak, dimana kini belum diakomodir secara regional dalam *EC Directive*. Namun untuk saat ini, pengadilan menggunakan *standards and codes of conduct* yang dimiliki oleh *the Institution of Electrical Engineers* (IEE) mengenai definisi kompetensi berbasis kualifikasi, pengalaman dan kualitas tertentu yang meliputi:²⁷²

- *Such theoretical training as would ensure acquisition of the necessary knowledge of the field in which they are required to work;*
- *A thorough knowledge of the hazards and failure of the equipment for which they are responsible;*
- *An understanding and detailed knowledge of the working practices used in the organization for which they work, as well as a general knowledge of the working practices in other establishments of a similar type;*
- *A detailed working knowledge of all statutory provisions, approved codes of practice, other codes of practice, guidance material and other information relevant to their work, and an awareness of legislation and practices, other than those which might affect their work;*
- *The ability to give advice to others;*
- *The caliber and personality to enable them to communicate effectively with their peers, any staff working under their supervision, and their own supervisors;*
- *An awareness of current developments in the field in which they work;*
- *An appreciation of their own limitations, whether of knowledge, experience, facilities, resources, etc, and a preparedness to declare any such limitation.*

²⁷¹ *Ibid*, hal. 108.

²⁷² *Ibid*, hal. 230, sebagaimana dikutip dari IEE 1992,1995.

Sebagaimana telah disebutkan di atas, adanya unsur kelalaian tergugat yang menyebabkan kerugian pada penggugat harus dapat dibuktikan di pengadilan untuk memperoleh pertanggungjawaban hukum berdasarkan *fault liability*. Hal ini terlihat dalam contoh kasus *IBA v EMI and BICC* (1980) 14 BLR 1, dimana *the House of Lords* memutuskan bahwa BICC sebagai tergugat bertanggung jawab akibat kelalaian dalam mendesain sistem transmisi televisi yang menyebabkan jatuhnya antenna televisi pada saat terjadi angin kencang sehingga mengakibatkan kerugian pada pihak penggugat.²⁷³ Faktor kelalaian dalam kasus ini terjadi karena seharusnya terjadinya kerusakan telah dapat diperkirakan oleh tergugat sebagai akibat digunakannya material sistem ini ketika angin kencang, dimana kelalaian ini merupakan inkompetensi tindakan professional, sebagaimana dinyatakan oleh Lord Edmund-Davies:²⁷⁴

“...But those very handicaps created a clear duty to identify and to think through such problems ... so that the dimensions of the ‘venture into the unknown’ could be adequately assessed and the ultimate decision as to its practicality arrived at.”

Berbeda dengan *fault liability*, *strict liability* biasanya disebut sebagai pertanggungjawaban tanpa kesalahan (*liability without fault*).²⁷⁵ Walaupun *strict liability* dapat terjadi tanpa adanya kesalahan (berupa kelalaian), namun kelalaian dapat terjadi dalam kasus *strict liability*.²⁷⁶ *Strict liability* dapat timbul karena terjadinya *product defect*, dimana “...it does not provide the safety which a person is entitled to expect, taking all circumstances into account”. Adanya faktor *product safety* inilah yang menjadi pembeda utama antara *strict* dengan *fault liability*, dimana *fault liability* berfokus pada perbuatan produsen yang dilakukan dengan salah, sementara *strict liability* berfokus pada produk itu sendiri. *Strict liability* juga membatasi pertanggungjawaban terhadap kematian, luka-luka/cedera fisik atau kerusakan pada properti (termasuk tanah) yang digunakan untuk

²⁷³ James Thompson, “The Law of Causation in the Law of Tort: Concurrent Issues”, Seminar by Keating Chambers, 21 March 2007.

²⁷⁴ D Rowland and JJ Rowland, “Competence and legal liability in the development of software for safety-related applications”, sebagaimana dikutip dalam Diane Rowland & Elizabeth Macdonald, *Op. Cit.*, hal. 236.

²⁷⁵ Cees van Dam, *Op. Cit.*, hal. 255.

²⁷⁶ *Ibid.*

kepentingan pribadi ataupun direncanakan untuk digunakan bagi kepentingan pribadi penggugat.²⁷⁷

Definisi ini pun menunjukkan kategorisasi perangkat lunak sebagai “barang”, yang diakomodir dalam *EC Directive on Product Liability* dan *UK Consumer Protection Act 1987*. Terjadinya *product defect* sebagai penyebab *strict liability* ini ditegaskan dalam *the Consumer Protection Act 1987* s. 2(1): “*where any damage is caused wholly or partly by a defect in a product, every person to whom subsection (2) below applies shall be liable for the damage.*”

Dalam kasus *Airbus Industrie v Patel and Others*, terjadi kecelakaan pesawat terbang di Bangalore sebagai akibat kesalahan navigasi.²⁷⁸ Walaupun kemudian pengadilan setempat memutuskan bahwa kecelakaan tersebut diakibatkan oleh para pilot yang kurang pengalaman dan latihan dalam menerbangkan pesawat terbang berpenumpang, namun adanya korban jiwa dalam kecelakaan ini menimbulkan pertanyaan mengenai adanya *product defect* pada sistem navigasi pesawat tersebut yang memungkinkan diajukannya gugatan atas dasar *strict liability*.

Dari berbagai contoh kasus yang terjadi baik di Amerika Serikat maupun Uni Eropa sebagaimana tersebut di atas, dapat dikatakan bahwa hukum perlindungan konsumen dapat diimplementasikan melalui mekanisme pertanggungjawaban hukum. Dalam prakteknya, walaupun mengalami perkembangan yang lebih cepat, implementasi hukum perlindungan konsumen di Amerika Serikat ternyata tidak se-komprehensif di Uni Eropa, khususnya dalam kaitannya dengan perlindungan terhadap konsumen perangkat lunak. Adanya *EC Directive* dan ECJ memungkinkan penyelesaian sengketa konsumen yang bersifat multilateral dengan berdasarkan *ius commune* sebagai bentuk penyeragaman dan harmonisasi hukum di wilayah Uni Eropa.

Selain *EC Directive*, terkait dengan transaksi global dalam dunia maya terdapat juga *Recommendation of the OECD (Organisations for Economic Co-operation and Development) Council Concerning Guidelines for Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce (OECD Guidelines)* yang disepakati pada tahun 1999 antara 34 Negara anggotanya di belahan Amerika

²⁷⁷ Chris Reed and John Angel, *Op. Cit.*, hal. 99.

²⁷⁸ Diane Rowland & Elizabeth Macdonald, *Op. Cit.*, hal. 222.

(seperti Amerika Serikat dan Meksiko), Eropa (seperti Inggris, Perancis dan Jerman), Asia (seperti Jepang dan Korea) serta Australia dan New Zealand.²⁷⁹ Indonesia merupakan salah satu Negara di dunia yang melakukan kerjasama dengan OECD sejak tahun 2007.

OECD *Guidelines* ini dilatarbelakangi oleh adanya kebutuhan pemerintah masing-masing Negara anggota untuk memfasilitasi pembangunan sosial dan pertumbuhan ekonomi berdasarkan perkembangan mutakhir teknologi jaringan, serta untuk menyediakan perlindungan konsumen bagi transaksi elektronik yang efektif dan efisien bagi masyarakat.²⁸⁰ Secara khusus, OECD *Guidelines* ini bertujuan untuk menyediakan kerangka dan sekumpulan prinsip yang berguna bagi:

- a. *Governments in reviewing, formulating and implementing consumer and law enforcement policies, practices, and regulations if necessary for effective consumer protection in the context of electronic commerce;*
- b. *Business associations, consumer groups and self-regulatory bodies, by providing guidance as to the core characteristics of effective consumer protection that should be considered in reviewing, formulating, and implementing self-regulatory schemes in the context of electronic commerce; and*
- c. *Individual businesses and consumers engaged in electronic commerce, by providing clear guidance as to the core characteristics of information disclosure and fair business practices that businesses should provide and consumers should expect in the context of electronic commerce.*

Pada dasarnya, kerangka perlindungan konsumen yang tercantum dalam OECD *Guidelines* ini telah mengadopsi prinsip perlindungan konsumen dalam bisnis *e-commerce*. Namun ketiadaan *legal binding* dalam OECD *Guidelines* ini – yang hanya merupakan *code of conduct* – menyebabkan lemahnya efektifitas dalam pelaksanaannya. Kelemahan ini mengakibatkan hanya diadopsinya aturan-

²⁷⁹ OECD, <www.oecd.org>. OECD merupakan organisasi internasional yang bertujuan untuk “*promote policies that will improve the economic and social well-being of people around the world.*” Tujuan ini dilakukan dengan cara: “...*provides a forum in which governments can work together to share experiences and seek solutions to common problems,... work with governments to understand what drives economic, social and environmental change,... measure productivity and global flows of trade and investment,... analyse and compare data to predict future trends,... set international standards on all sorts of things, from the safety of chemicals and nuclear power plants to the quality of cucumbers.*”

²⁸⁰ *Ibid.*

aturan yang menguntungkan Negara peserta OECD (yang merupakan Negara produsen) dengan mengesampingkan kepentingan konsumen tanpa adanya sanksi tertentu yang pada akhirnya merugikan Negara-negara konsumen yang berinteraksi dengan Negara peserta OECD dalam transaksi multinasional.²⁸¹

Adanya berbagai kesepakatan global mengenai perlindungan konsumen dengan titik berat yang berbeda-beda ini mengakibatkan inefektifitas pelaksanaan prinsip perlindungan konsumen yang seimbang. Oleh karena itu, dalam rangka mengimplementasikan prinsip ini dalam kerangka hukum di Indonesia, selain mengetahui peraturan dan perjanjian internasional perlu diketahui juga putusan mengenai hal terkait sebagai bahan perbandingan. Berbagai pengaturan dan putusan pengadilan luar negeri terkait sengketa perlindungan konsumen perangkat lunak ini dapat menjadi bahan masukan bagi pembangunan hukum di Indonesia.

3.2.2. Pertanggungjawaban Hukum Produsen Perangkat Lunak terhadap Konsumen di Indonesia

Perangkat lunak diperlukan untuk membangun suatu sistem informasi yang dapat memenuhi kebutuhan penggunanya. Pengguna yang dalam hal ini diartikan sebagai konsumen, memiliki peranan penting dalam bisnis perangkat lunak, karena sebuah perangkat lunak dapat berkembang dan menghasilkan keuntungan apabila terdapat pasar (*market*) permintaan, tentunya dengan jumlah yang signifikan. Karena pentingnya peran konsumen bagi sektor bisnis perangkat lunak inilah maka perlindungan terhadap kepentingan dan hak-hak konsumen perlu dijamin dan dilaksanakan di setiap negara.

Sebagai konsekuensi logis dari dilindunginya hak-hak konsumen menurut pasal 4 UU Perlindungan Konsumen, tentu timbul tanggung jawab produsen (pelaku usaha) perangkat lunak yang dapat bersifat kontraktual (lahir berdasarkan

²⁸¹ Sebagai contoh, lihat *Part Three OECD Guidelines* mengenai *Implementation* yang diantaranya berbunyi: *“To achieve the purpose of this Recommendation, Member countries should at the national and international level, and in co-operation with businesses, consumers and their representatives: a) review and, if necessary, promote self-regulatory practices and/or adopt and adapt laws and practices to make such laws and practices applicable to electronic commerce, having in mind the principles of technology and media neutrality.”* Ketentuan ini justru melemahkan keseluruhan *guidelines* yang seharusnya berlaku mengikat bagi Negara-negara anggota, sehingga menjadikan lemahnya efektifitas pelaksanaan *OECD Guidelines* ini.

perjanjian) maupun berdasarkan undang-undang.²⁸² Dalam kaitannya dengan perjanjian lisensi perangkat lunak, dikenal adanya *standard software*, *bespoke software* dan *customized software* sebagaimana telah disebutkan dalam bagian sebelumnya dari tulisan ini. *Standard software*, baik *proprietary* maupun *open source software* menggunakan sistem *shrink-wrap* atau *click-wrap license* dalam bentuk *End-User License Agreement* (EULA) yang merupakan perjanjian lisensi “satu arah”, yakni dimana klausula perjanjian ditentukan sepenuhnya oleh produsen perangkat lunak. Sedangkan baik *bespoke software* maupun *customized software* biasanya menggunakan perjanjian lisensi yang bersifat dua arah, dimana kedua pihak dapat menyepakati bersama klausula perjanjian tersebut.

Perjanjian lisensi perangkat lunak ini merupakan hubungan perjanjian (*privity of contract*) antara produsen dengan konsumennya yang menimbulkan *contractual liability*. *Contractual liability* merupakan tanggung jawab perdata atas dasar perjanjian atau kontrak dari pelaku usaha (produsen) atas kerugian yang dialami konsumen akibat mengkonsumsi barang dan/ atau jasa yang dihasilkan atau memanfaatkan jasa yang diberikannya.²⁸³ *Contractual liability* dapat timbul oleh karena pelanggaran perjanjian (*breach of contract*) maupun pelanggaran terhadap jaminan yang diberikan (*breach of warranty*), berupa *expressed warranty*,²⁸⁴ dimana jaminan yang juga merupakan klausula dalam perjanjian yang sah itu mengikat para pihak sebagai undang-undang.²⁸⁵ Sedangkan *contractual liability* ini dapat mengakibatkan pembatalan terhadap perjanjian (*rescission of contract*), pemberian ganti kerugian, ataupun keduanya. *Contractual liability* menggunakan asas *fault liability*, dimana faktor kesalahan produsen merupakan hal yang harus dibuktikan oleh pihak konsumen. Asas ini dipergunakan karena dalam hukum perjanjian, beban pembuktian berada pada pihak penggugat, dimana penggugat harus membuktikan adanya pelanggaran perjanjian atau tidak sahnya perjanjian sehingga mengakibatkan timbulnya kerugian pada dirinya.²⁸⁶

²⁸² Edmon Makarim, *Op. Cit.*, hal. 373.

²⁸³ *Ibid*, hal. 376.

²⁸⁴ Lihat UCC s. 2-313.

²⁸⁵ Lihat asas kebebasan berkontrak berdasarkan pasal 1338 KUHPperdata serta syarat sahnya perjanjian dalam pasal 1320 KUHPperdata.

²⁸⁶ Pasal 1865 KUHPperdata, pasal 163 HIR dan pasal 283 Rbg.

Hukum perdata Indonesia menganut sistem pembuktian berdasarkan alat bukti materil,²⁸⁷ dimana pernyataan pra-kontrak, iklan, informasi maupun *implied warranty* tidak dapat dikatakan sebagai bagian dari perjanjian. Pelanggaran terhadap hal-hal non-kontraktual tersebut di atas dikategorikan sebagai perbuatan melawan hukum berdasarkan pasal 4 Undang-Undang Perlindungan Konsumen. Pasal 1365 KUHPerduta yang juga menimbulkan pertanggungjawaban pihak produsen terhadap konsumen yang dirugikan.²⁸⁸ Konsekuensinya, gugatan yang dapat diajukan yaitu berupa pembatalan perjanjian yang berakibat dilakukannya *restitutio in integrum* oleh produsen, karena tidak terpenuhinya syarat sahnya perjanjian menurut pasal 1320 KUHPerduta (causa yang halal). Perbuatan melawan hukum yang dimaksud dalam hal ini terbatas dalam wilayah hukum keperdataan, yakni sumber hukum non-pidana. Gugatan ganti kerugian yang diajukan tidak menghapus kemungkinan timbulnya tuntutan pidana di kemudian hari jika ditemukan unsur pidana dalam kesalahan tersebut.²⁸⁹

Konsep Perbuatan Melawan Hukum dalam *civil law* berbeda dengan konsep *Tort* menurut *common law*. Perbuatan melawan hukum meliputi setiap perbuatan yang bertentangan dengan undang-undang, kepatutan dan kesusilaan dalam masyarakat, serta perbuatan yang melanggar hak orang lain.²⁹⁰ Sedangkan konsep *tort* menurut *common law* merupakan konsep pertanggungjawaban hukum (*liability*) atas terjadinya kerugian terhadap pihak lain.²⁹¹ Namun persamaan di antara keduanya yaitu tetap menimbulkan pertanggungjawaban oleh pihak yang bersalah, walaupun bentuk pertanggungjawabannya itu berbeda-beda.

Pertanggungjawaban produsen berdasarkan undang-undang diatur dalam pasal 19 ayat (1) Undang-Undang Perlindungan Konsumen yang berbunyi sebagai berikut: "Pelaku usaha bertanggung jawab memberikan ganti rugi atas kerusakan, pencemaran, dan/atau kerugian konsumen akibat mengkonsumsi barang dan/atau jasa yang dihasilkan atau diperdagangkan." Dari ketentuan pasal ini terlihat bahwa Indonesia melindungi penggunaan produk konsumsi baik berupa barang

²⁸⁷ Pasal 1866 KUHPerduta, pasal 164 HIR dan pasal 284 Rbg.

²⁸⁸ Ketentuan yang dimaksud adalah pasal 4 huruf c dalam Undang-Undang Perlindungan Konsumen yang menyebutkan bahwa hak-hak konsumen diantaranya meliputi hak atas informasi yang benar, jelas, dan jujur mengenai kondisi dan jaminan barang dan/atau jasa.

²⁸⁹ Pasal 19 ayat (4) Undang-Undang Perlindungan Konsumen.

²⁹⁰ Rosa Agustina, *Op. Cit.*, hal. 147-148.

²⁹¹ Cees Van Dam, *Op. Cit.*, hal. 10.

maupun jasa. Hal ini memberikan nilai positif bagi penerapan perlindungan terhadap konsumen perangkat lunak di Indonesia, dimana perangkat lunak dapat dilihat sebagai barang maupun jasa.

Selain itu, ketentuan ini juga menunjukkan bahwa Indonesia menerapkan asas *product liability* dan *strict liability* dalam peraturan perlindungan konsumen, dimana doktrin *privity of contract* dapat dikesampingkan dalam hal terjadinya cacat produk (*product defect*). Oleh karena pertanggungjawaban dapat timbul tanpa adanya hubungan kontraktual, maka faktor sebab-akibat merupakan hal yang harus dibuktikan dalam pengadilan. Dari ketentuan ini terlihat bahwa terdapat beberapa hal yang harus dibuktikan oleh konsumen untuk memperoleh pertanggungjawaban hukum, yakni adanya kerugian (*damage*) yang dialami konsumen, dan hubungan kausalitas diantara keduanya. Namun ketentuan ini tidak memberikan batasan terhadap hubungan antara kerugian dengan pertanggungjawaban yang harus diberikan, misalnya bahwa hanya kerugian jiwa atau cedera fisik yang mengakibatkan timbulnya *absolute liability* seperti halnya di Amerika Serikat, dan lain-lain.

Ketentuan pasal 19 ayat (5), pasal 22 dan pasal 28 Undang-Undang Perlindungan Konsumen menyebutkan secara tegas bahwa asas *strict liability* dipergunakan dalam sistem hukum perlindungan konsumen di Indonesia.²⁹² Dampak dari penerapan asas ini dalam pengadilan yaitu berlakunya asas pembuktian terbalik, dimana unsur kesalahan bukan merupakan beban konsumen, melainkan beban yang harus ditanggung oleh pihak produsen untuk membuktikan ia tidak bersalah. Namun rumusan pasal 28 undang-undang ini mengandung kontradiksi, yakni bahwa "Pembuktian... unsur kesalahan dalam gugatan ganti rugi... merupakan beban dan tanggung jawab pelaku usaha." Ketentuan ini

²⁹² Ketentuan ini selengkapnya berbunyi sebagai berikut:

Ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2) tidak berlaku apabila pelaku usaha dapat membuktikan bahwa kesalahan tersebut merupakan kesalahan konsumen (pasal 19 ayat (5)).

Pembuktian terhadap ada tidaknya unsur kesalahan dalam kasus pidana sebagaimana dimaksud dalam Pasal 19 ayat (4), Pasal 20, dan Pasal 21 merupakan beban dan tanggung jawab pelaku usaha tanpa menutup kemungkinan bagi jaksa untuk melakukan pembuktian (pasal 22).

Pembuktian terhadap ada tidaknya unsur kesalahan dalam gugatan ganti rugi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 19, Pasal 22, dan Pasal 23 merupakan beban dan tanggung jawab pelaku usaha (pasal 28).

mengandung arti bahwa unsur kesalahan tetap harus dibuktikan, sementara beban pembuktian dalam gugatan terletak pada pihak produsen.

Dalam mekanisme *strict liability*, kesalahan dianggap telah terjadi sehingga produsen bertanggung jawab untuk memberi ganti rugi secara langsung kepada konsumen yang menderita kerugian, kecuali ia dapat membuktikan sebaliknya.²⁹³ Sedangkan dalam mekanisme *fault liability*, sistem pertanggungjawaban didasarkan pada kesalahan pihak produsen, dimana beban pembuktiannya terletak pada konsumen sebagai pihak yang dirugikan.²⁹⁴ Jadi keduanya merupakan sistem pertanggungjawaban yang sangat berbeda satu sama lain, yang tidak dapat diimplementasikan secara bersamaan terhadap sebuah kriteria.

Terkait dengan sistem pertanggungjawaban hukum dalam perjanjian lisensi perangkat lunak, dapat dikatakan bahwa pertanggungjawaban hukum oleh produsen dapat timbul akibat terjadinya pelanggaran dalam perjanjian lisensi, seperti klausula eksklusifitas lisensi, ketersediaan *source code* atau *object code*, jangka waktu lisensi, dan sebagainya. Tindakan yang dapat dilakukan oleh konsumen untuk memperoleh haknya dalam hal ini yaitu melalui gugatan ganti kerugian atas dasar terjadinya pelanggaran perjanjian atau wanprestasi.

Sedangkan dalam hal terjadinya mis-informasi, pelanggaran *implied warranties*, ketidaksesuaian antara pernyataan dalam iklan ataupun media lainnya dengan kondisi aktual, dapat dilakukan gugatan ganti kerugian atas dasar perbuatan melawan hukum sebagaimana tercantum dalam pasal 1365 KUHPerduta. Baik gugatan wanprestasi maupun perbuatan melawan hukum menggunakan asas *fault liability* yang meletakkan beban pembuktian pada konsumen sebagai pihak yang dirugikan.

Pengaturan mengenai *product liability* di Indonesia masih memperlihatkan adanya kesimpangsiuran, dimana sistem yang dipergunakan berada di antara *strict* dan *fault liability*. Oleh karena itu, dalam hal terjadinya *software defect*, walaupun beban pembuktian berada pada pihak produsen, namun konsumen tetap harus membuktikan adanya unsur kesalahan pihak produsen sehingga menyebabkan

²⁹³ Johannes Gunawan, "Product Liability Dalam Hukum Bisnis Indonesia", *Pro Justitia*, Tahun XXI Nomor 2, April 1994, hal. 2-12.

²⁹⁴ Jules Coleman, *Op. Cit.*

terjadinya *defect* tersebut, serta hubungan sebab-akibat antara unsur kesalahan, *software defect* dan timbulnya kerugian konsumen untuk memperoleh pertanggungjawaban hukum yang sesuai.

Sehubungan dengan adanya pembuktian unsur kesalahan ini, konsumen perangkat lunak di Indonesia dapat mempergunakan teori yang kini berkembang di Amerika Serikat, yakni mengenai adanya *misrepresentation*, *civil conspiracy*, *the malfunction doctrine* dan *negligent marketing*.²⁹⁵ Teori ini dapat diterapkan di Indonesia, karena sebagaimana halnya Amerika Serikat, sistem pertanggungjawaban produk di Indonesia juga mengandung dualisme antara bentuk *strict liability* dengan *fault liability*. Di satu pihak, UU Perlindungan Konsumen mensyaratkan adanya pembuktian terbalik dengan beban pembuktian adanya kesalahan berada pada pihak pelaku usaha/ produsen.²⁹⁶ Namun di lain pihak, ketentuan tersebut juga memasukkan unsur kesalahan dalam prosedur pembuktiannya.

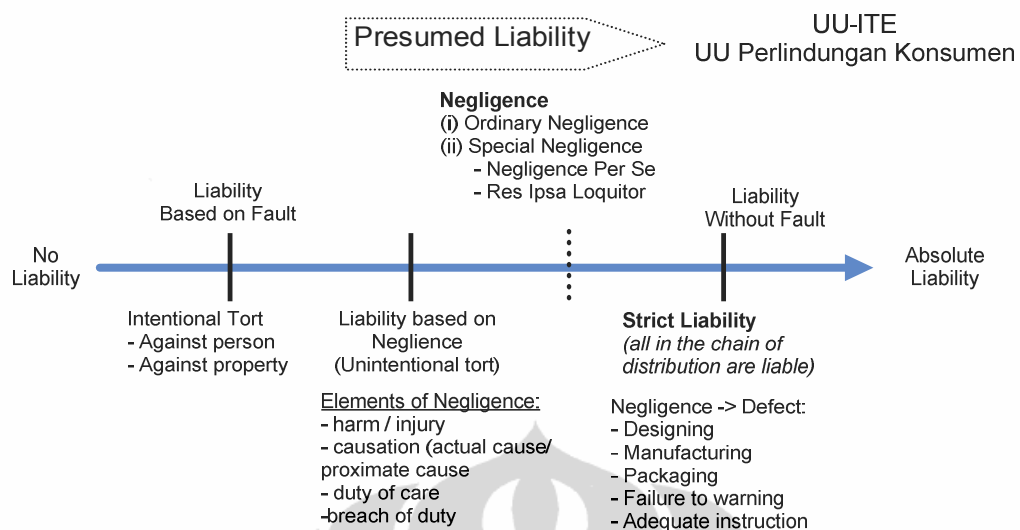
Salah satu peraturan perundangan di Indonesia yang telah menerapkan asas *strict liability* yaitu Pasal 88 UU Lingkungan Hidup tahun 2007. Jika lingkungan hidup dianalogikan sebagai lingkungan maya (*cyberspace*), maka pelaku usaha yang memproduksi perangkat lunak yang menimbulkan ancaman serius terhadap *cyberspace* (dapat berupa *virus* ataupun *bug* yang berbahaya seperti *bug* Y2K) bertanggung jawab secara mutlak atas kerugian yang terjadi.

Menurut Wright, seseorang dikatakan bertanggung jawab jika unsur yang mempunyai kontribusi langsung terhadap kerugian berdiri sendiri (*independent factor*) sebagai penyebab terjadinya kerugian.²⁹⁷ Sebagai implikasinya, harus dilakukan proses investigasi terhadap setiap *software defect* yang terjadi untuk diketahui independensi faktor tersebut terhadap kerugian konsumen berdasarkan standar objektif tertentu yang terdiri dari (i) *no worse-off limitation*, (ii) *superseding cause limitation*, dan (iii) *risk play-out limitation*. Hasil penilaian berdasarkan standar tersebut akan dapat menjawab mengenai sejauh mana pertanggungjawaban produsen perangkat lunak terhadap konsumennya.

²⁹⁵ Richard C. Ausness, *Op. Cit.*

²⁹⁶ Pasal 22 UU Perlindungan Konsumen.

²⁹⁷ Richard W. Wright, *Op. Cit.*



Gambar 3.1. Teori dan Spektrum Tanggung Jawab²⁹⁸

3.2.3. Dampak Terjadinya *Product Defect*

Product liability merupakan manifestasi dari berlakunya hukum perlindungan konsumen, dimana menurut teori *tort*, terjadinya *product defect* merupakan tanggung jawab pihak produsen. Berdasarkan teori *negligence*, terjadinya *product defect* merupakan akibat dari kesalahan produsen yang menimbulkan pertanggungjawaban hukum yang bersifat subyektif.²⁹⁹ Sedangkan menurut teori wanprestasi, pertanggungjawaban hukum ini timbul akibat terjadinya wanprestasi (*breach of contract*) yang dilakukan oleh produsen, sehingga dapat pula dikatakan bahwa sistem ini pun bersifat subyektif. Subyektifitas sistem pertanggungjawaban hukum ini mengenal adanya perbedaan antara *intentional torts*³⁰⁰ dan kelalaian (*negligence*).³⁰¹ Adanya unsur kelalaian ini hanya menghapuskan asas *privity of contract* pada *bespoke* maupun *customized software*, dimana kelalaian sebagai faktor kesalahan tetap harus dibuktikan oleh pihak konsumen.

²⁹⁸ Edmon Makarim, *Tanggung Jawab, Op. Cit.*, hal. 169 sebagaimana ditambahkan penulis.

²⁹⁹ Inosentius Samsul, *Op. Cit.*, hal. 47.

³⁰⁰ *Restatement (Third) of Torts, s1*

³⁰¹ Kelalaian dalam hal ini diartikan sebagai kesalahan/ kelalaian dalam memenuhi *duty of care*. Lihat kasus *MacPherson v. Buick Motor Co.*, 217 NY 382 (1916).

Unsur-unsur kelalaian pihak produsen yang harus dibuktikan oleh konsumen *bespoke* ataupun *customized software* meliputi prinsip kehati-hatian (*duty of care*), pelanggaran prinsip tersebut, serta hubungan kausalitas dengan kerugian.³⁰² Doktrin hukum perlindungan konsumen menyatakan bahwa setiap pelaku usaha/ produsen tanpa kecuali harus menjalankan usahanya dengan prinsip kehati-hatian (*duty of care*).³⁰³ Hal ini bertujuan untuk menghindari timbulnya kerugian pada konsumen akibat mengkonsumsi produk yang cacat akibat adanya ketidakhati-hatian produsen.³⁰⁴ Adanya pelanggaran prinsip kehati-hatian tersebut merupakan kelalaian produsen yang mengakibatkan terjadinya *product defect*. Sedangkan faktor kausalitas dianggap sebagai mekanisme kontrol untuk terciptanya keseimbangan antara hak-hak konsumen dengan produsen sebagai berikut:

“Causation is a “central organizing concept”... usually a control device, in tort law’s quest to keep law (liability) and morality (fault) in step. Causation reasoning is often used to expand or to stem liability for particular losses flowing from an act of negligence.”³⁰⁵

Sistem pertanggungjawaban hukum dikatakan bersifat obyektif apabila dasar gugatan adalah pada obyeknya, dimana dalam hal ini yaitu terjadinya *defect* pada perangkat lunak. Oleh karena itu, sistem yang berlaku adalah sistem *liability without fault*, dimana unsur kesalahan sebagai unsur yang bersifat subyektif tidak lagi dimasukkan dalam unsur pertanggungjawaban hukum tersebut.

Adanya *product liability* yang bersifat obyektif terhadap perangkat lunak ini merupakan akibat dari terjadinya perbuatan melawan hukum dari pihak produsen. Undang-undang ini memang tidak membedakan bentuk

³⁰² Graham Stevenson & Peter Clark, *Op. Cit.*, hal. 128.

³⁰³ Prinsip *duty of care* ini harus dipenuhi juga dalam perjanjian jasa, dimana kelalaian dalam pemberian jasa dapat dikategorikan sebagai *negligence* yang menimbulkan *product (service) liability*. Implementasi prinsip ini pada *defective service* terlihat dalam kasus *Hedley Byrne & Co Ltd v. Heller & Partners Ltd. [1963] 2 All ER, 575, [1964] AC 465*. Dalam kasus ini, penggugat mengajukan gugatan karena tergugat sebagai lembaga keuangan dianggap lalai dalam melaksanakan tugasnya memberi nasihat investasi sehingga penggugat mengalami kerugian. Walaupun *House of Lords* menolak gugatan karena adanya klausula penyangkalan tanggung jawab (*disclaimer*) dalam perjanjian dan ketiadaan *duty of care*, namun mereka menyatakan bahwa dalam situasi yang tepat maka *duty of care* untuk memberi nasihat keuangan dapat muncul, sehingga pelanggaran *duty of care* ini dapat dikategorikan sebagai *negligence*.

³⁰⁴ *Ibid*, hal. 131.

³⁰⁵ New South Wales Supreme Court, “Fault, Causation and Responsibility: Is Tort Law Just an Instrument of Corrective Justice?”, *19 Australian Bar Review* 201, 2000, rev. 5 November 2006.

pertanggungjawaban hukum terhadap jenis kerugian yang dialami. Namun menurut pasal 1370 dan 1371 KUHPerdata mengenai perbuatan melawan hukum terhadap jiwa dan tubuh manusia, dikatakan bahwa jika terjadi suatu pembunuhan atau cacat tetap atau cedera fisik yang disebabkan oleh kesengajaan atau kurang hati-hatinya seseorang, maka keluarga korban mempunyai hak untuk menuntut suatu ganti rugi yang harus dinilai menurut kedudukan dan kekayaan kedua belah pihak serta menurut keadaan. Hal ini menunjukkan berlakunya kaidah *strict liability* dalam kerugian terhadap jiwa dan tubuh manusia.

Berlakunya kaidah *strict liability* terhadap produsen perangkat lunak ini didasarkan pada faktor-faktor berikut ini:³⁰⁶

- a.) Produsen mempunyai posisi yang terbaik (*best position*) untuk mencegah kerentanan *software* (*software vulnerabilities*) agar tidak dieksploitasi pihak lain;
- b.) Produsen harus termotivasi untuk mengembangkan *software* yang aman;
- c.) Produsen dapat mengalokasikan biaya untuk penyediaan *software* yang aman dengan meningkatkan harga dari barang tersebut; dan
- d.) Produsen dapat memasukkan beban biaya tanggung jawab atas kerugian sebagai biaya produksi yang akan ditutup kerugiannya kemudian oleh pihak asuransi.

Poin-poin tersebut di atas menunjukkan bahwa diberlakukannya asas *strict liability* dalam sistem pertanggungjawaban hukum produsen perangkat lunak tidaklah merugikan pihak produsen. Produsen dapat bekerjasama dengan perusahaan asuransi yang menjamin ganti kerugian sebagai akibat dari resiko gugatan ganti kerugian oleh konsumen, dimana biaya premi asuransi tanggung gugat dapat dibebankan sebagai biaya produksi yang dialihkan kepada konsumen.

Sedangkan terhadap terjadinya kerugian ekonomis pada konsumen digunakan asas *fault liability* berdasarkan pasal 19 ayat (1) jo. Ayat (2) jo. Pasal 28 Undang-Undang Perlindungan Konsumen, dimana unsur kesalahan merupakan hal yang harus dibuktikan di pengadilan. Ketentuan ini sejalan dengan pasal 1365 jo. 1865 KUHPerdata mengenai konsep tanggung jawab berdasarkan kesalahan,

³⁰⁶ Edmon Makarim, *Tanggung Jawab, Op. Cit.*, hal 239.

diana setiap orang yang mendalilkan bahwa ia mempunyai sesuatu hak diwajibkan membuktikan adanya hak atau peristiwa tersebut.³⁰⁷

Teori lainnya yang dapat diterapkan dalam sistem pertanggungjawaban hukum produsen perangkat lunak ini adalah tanggung jawab profesional/*professional liability (malpractice)*.³⁰⁸ Terkait dengan jenis perangkat lunak berdasarkan pembuatannya, dikenal adanya *bespoke software* dan *customized software* yang dibangun oleh para *developer* dengan *skill* tertentu dengan tujuan untuk memenuhi kebutuhan dan keinginan pihak pemesan perangkat lunak. Adanya *skill* tertentu ini menjadikan *software developer* sebagai pihak profesional yang memiliki tanggung jawab profesional terhadap pengguna layanannya tersebut. Hal ini diungkapkan pengadilan banding negara bagian dalam perkara *Data Processing Services, Inc. V. L.H. Smith Oil Corp.*, mengenai gugatan ganti rugi atas dasar terjadinya kelalaian dalam desain dan sistem pemrosesan data *software*.³⁰⁹ Dikatakan bahwa "mereka yang menyatakan dirinya memiliki keahlian (*skill*) dan kualifikasi tertentu dalam perdagangan sebagai profesional kepada masyarakat luas, maka secara tidak langsung harus menunjukkan bukti pengalaman dan keahliannya sebagai unjuk ketekunan yang pada umumnya dimiliki oleh pelaku perdagangan atau para profesional. Pengadilan berkesimpulan bahwa situasinya adalah sebagaimana layaknya klien mencari nasihat dari *lawyer* atau pasien mencari perlakuan medis untuk mengobati penyakit yang dideritanya."

Uraian tersebut di atas menunjukkan bahwa profesi *software developer* memiliki *skill* dan kualifikasi tertentu yang menjadikan mereka sebagai profesional yang memiliki tanggung jawab profesional terhadap konsumennya berdasarkan standar *duty of care* tertentu. Namun berlakunya *professional liability* ini harus dilihat berdasarkan perspektif kebendaan perangkat lunak itu sendiri, apakah perangkat lunak dilihat sebagai barang atau jasa. Jika perangkat lunak dilihat sebagai barang, maka asas *strict product liability* terikat pada barang

³⁰⁷ Rosa Agustina, *Op. Cit.*, hal. 219.

³⁰⁸ Edmon Makarim, *Tanggung Jawab, Op. Cit.*, hal. 248.

³⁰⁹ *Ibid*, hal. 250.

tersebut, dan dengan demikian gugatan perbuatan melawan hukum atas dasar terjadinya malpraktek tidak berlaku.³¹⁰

Berdasarkan uraian sebelumnya, dikatakan bahwa *standard software/ package software/ off-the-shelf software* dilihat sebagai "barang", sehingga terhadapnya melekat prinsip *product liability*. Sedangkan baik *bespoke software* maupun *customized software* mengandalkan *skill* khusus dari *developer* agar perangkat lunak yang dimaksud dapat berfungsi sesuai dengan pesanan konsumen, sehingga perangkat lunak dilihat sebagai jasa. Oleh karena itu, dalam hal ini selain prinsip tanggung jawab berdasarkan terjadinya wanprestasi dan *strict liability* berlaku pula asas *professional liability*. Asas *professional liability* ini berlaku berdasarkan adanya kesalahan berupa pelanggaran *duty of care* tertentu yang menjadi kewajiban produsen perangkat lunak sebagai profesional.

Sebagaimana halnya prinsip *strict liability*, prinsip *professional liability* ini juga dapat membagi resiko dengan pihak perusahaan asuransi. Dengan menutup asuransi tanggung gugat, jika terjadi gugatan malpraktek oleh konsumen terhadap produsen perangkat lunak sebagai pihak profesional, biaya ganti kerugian tersebut akan dibayarkan oleh perusahaan asuransi, selama kesalahan tersebut dilakukan secara tidak sengaja (bukan merupakan *intentional tort*). Contoh profesi yang telah mengadopsi metode ini adalah dokter dan bidan.³¹¹ Biaya premi asuransi dapat dibebankan sebagai biaya produksi yang kemudian dibayarkan oleh konsumen. Oleh karena itu, terlihat pentingnya manajemen resiko dalam pengelolaan bisnis perangkat lunak.

Undang-Undang Perlindungan Konsumen tidak mengatur mengenai pertanggungjawaban terhadap terjadinya kerugian akibat *software defect* yang berskala masal, seperti rusaknya lingkungan, korban jiwa masal, ataupun kerugian negara. Sebagai contoh, kasus Sistem Administrasi Badan Hukum (Sisminbakum) di lingkungan Departemen Hukum dan Hak Asasi Manusia Republik Indonesia (Depkumham RI) pada hakikatnya bukan hanya merupakan kasus korupsi belaka. Sistem informasi tersebut dibangun sebagai fasilitas Negara yang diperuntukkan bagi masyarakat untuk mendukung kecepatan, kepastian dan peningkatan

³¹⁰ *Ibid.*, hal. 251.

³¹¹ Steffi Indrajana, "Asuransi Tanggung Gugat: Sebanyak 700 Dokter Mendaftar Asuransi Tanggung Gugat", <klasik.kontan.co.id/keuangan/news>, Rabu 04 Agustus 2010, 08:18.

kepercayaan pengguna jasa hukum dalam rangka peningkatan fungsi pelayanan jasa hukum di lingkungan Direktorat Jenderal Administrasi Hukum Umum Depkumham RI.³¹² Sistem ini mengalami kegagalan ketika biaya akses yang dikenakan terhadap pengguna jasa Sisminbakum untuk pelayanan jasa pemerintah berupa pemesanan nama perusahaan, pendirian dan perubahan badan hukum dan sebagainya tidak masuk ke rekening pemerintah, melainkan ke rekening perusahaan pembangun sistem ini.³¹³

Terlepas dari terdapat atau tidaknya unsur korupsi dalam kasus ini, Sisminbakum merupakan produk perangkat lunak milik Negara dan menyimpan data-data masyarakat yang bersifat rahasia, sehingga Sisminbakum dilihat sebagai produk, dan bukan jasa. Berdasarkan asumsi tersebut, maka dalam hal transaksi elektronik melalui Sisminbakum, masyarakat merupakan pihak konsumen, sedangkan Depkumham RI bersama-sama dengan perusahaan pihak pembangun merupakan pihak pelaku usaha/ produsen. Sedangkan dalam hal perjanjian pengadaan Sisminbakum, pemerintah RI melalui Depkumham berkedudukan sebagai pihak konsumen, sedangkan pihak pembangun merupakan pihak produsen, dimana Sisminbakum ini merupakan *bespoke software*³¹⁴ yang dilisensikan secara tertutup (*proprietary*).

Berdasarkan jenis lisensi ini, maka sistem pertanggungjawaban hukum yang berlaku adalah pertanggungjawaban hukum berdasarkan terjadinya wanprestasi, yang didasarkan pada perjanjian antara pemerintah RI dengan perusahaan pembangun. Namun timbulnya kerugian Negara akibat pengalihan dana Sisminbakum yang tidak sedikit jumlahnya itu dapat mengesampingkan teori tersebut, dengan dasar pemikiran bahwa pada dasarnya pihak yang mengalami kerugian bukan hanya pihak-pihak dalam perjanjian, melainkan juga masyarakat luas sebagai *stakeholder* Negara, sehingga wilayah gugatan dapat diperluas menjadi perbuatan melawan hukum.

³¹² Konsiderans Keputusan Menteri Kehakiman dan Hak Asasi Manusia Republik Indonesia Nomor M-01.HT.01.01 tahun 2000 tentang Pemberlakuan Sistem Administrasi Badan Hukum di Direktorat Jendral Administrasi Hukum Umum Departemen Kehakiman dan Hak Asasi Manusia Republik Indonesia.

³¹³ www.rambukota.com, "Kajian Belum Selesai, Sudah Minta Anggaran" Senin, 09 Februari 2009 [15.10 Wib].

³¹⁴ Chris Reed and John Angel, *Op. Cit.*, hal. 39 – 40.

Sebagai perbuatan melawan hukum yang didasarkan pada pasal 1365 KUHPerdota dan pasal 22 UU Perlindungan Konsumen, Negara atas nama rakyat dapat mengajukan gugatan *legal liability* atas terjadinya *defect* pada Sisminbakum kepada perusahaan pembangun dengan bukti adanya kerugian Negara dan *defect* pada sistem perangkat lunak tersebut serta hubungan antara keduanya. Walaupun kemudian terdapat keterlibatan oknum Depkumham RI dalam kasus ini, pertanggungjawaban hukum pihak pembangun tidak akan hapus karenanya. Bahkan dengan adanya unsur kesalahan yang terdapat dalam UU Perlindungan Konsumen, teori baru seperti *civil conspiracy* dan *product malfunction*³¹⁵ dapat dimasukkan pula dalam gugatan *legal liability* yang kemudian dapat menarik semua pihak yang terlibat dalam kasus ini.

Namun demikian, jika teori *negligence* dirasa kurang memberi rasa keadilan bagi masyarakat sebagai korban, teori *strict* atau *absolute liability* dapat diterapkan dalam perkara konsumen yang menimbulkan kerugian yang bersifat masal. Secara singkat dapat dikatakan bahwa *absolute liability* merupakan penerapan *strict liability* tanpa pemaafan atau pengecualian (*strict liability without defense*), dimana dalam *absolute liability* hanya dikenal pembatasan jumlah maksimum ganti kerugian.³¹⁶ Prinsip ini belum terdapat dalam UU Perlindungan Konsumen hingga saat ini.

Secara sederhana, dapat dikatakan bahwa Undang-undang Perlindungan Konsumen menganut prinsip *fault liability* dengan dua modifikasi yaitu:³¹⁷

- a. Prinsip tanggung jawab berdasarkan praduga bersalah/lalai atau produsen sudah dianggap bersalah, sehingga tidak perlu dibuktikan kesalahannya (*presumption of negligence*).
- b. Prinsip untuk selalu bertanggung jawab dengan beban pembuktian terbalik (*presumption of liability principle*).

Dengan demikian maka dalam Undang-undang Perlindungan Konsumen menganut prinsip tanggung jawab berdasarkan kesalahan dengan beban pembuktian terbalik dan tidak mengenal prinsip tanggung jawab mutlak seperti

³¹⁵ Richard C. Ausness, *Op. Cit.*

³¹⁶ Edmon Makarim, *Op. Cit.*, hal. 201 dan Inosentius Samsul, *Op. Cit.*, hal. 119.

³¹⁷ Amstrong Sembiring, "Prinsip Tanggung Jawab dalam UUPK Tidak Mengenal Prinsip Tanggung Jawab Mutlak", *Edukasi Kompasiana* <www.edukasi.kompasiana.com>, 2 Februari 2010, 16.35.

yang telah diterapkan dalam Undang-undang No. 23 Tahun 1997 tentang Pengelolaan Lingkungan Hidup. Hal ini diatur dalam pasal 35 ayat (1) Undang-Undang Lingkungan Hidup yang menyatakan:

Penanggung jawab usaha dan/ atau kegiatan yang usaha dan kegiatannya menimbulkan dampak besar atau penting terhadap lingkungan hidup, yang menggunakan bahan berbahaya dan beracun, bertanggung jawab secara mutlak atas kerugian yang ditimbulkan, dengan kewajiban membayar ganti rugi secara langsung dan seketika pada saat terjadinya pencemaran dan/ atau perusakan lingkungan.

Ketentuan ini menunjukkan bahwa dalam hal terjadinya kerugian yang besar atau penting terhadap lingkungan hidup, berlaku asas *strict liability* atau tanggung jawab mutlak, dimana baik unsur kesalahan maupun kausalitas tidak perlu dibuktikan lagi, dan pembayaran ganti rugi dilaksanakan secara langsung dan seketika. Asas *strict liability* ini juga terlihat diterapkan dalam Undang-Undang Nomor 1 tahun 2009 tentang Penerbangan, sebagaimana tercantum dalam Bagian Kedelapan mengenai Tanggung Jawab Pengangkut. Sedangkan asas *absolute liability* hingga kini masih belum diterapkan dalam legislasi di Indonesia.

Berdasarkan berbagai uraian di atas, dapat dikatakan bahwa pertanggungjawaban hukum produsen perangkat lunak terhadap konsumennya terdiri dari pertanggungjawaban berdasarkan adanya hubungan kontraktual dan berdasarkan perbuatan melawan hukum. Selain itu, harus dilakukan analisa terhadap beberapa faktor yang merupakan tolak ukur untuk menentukan dasar pertanggungjawaban hukum seperti *negligence*, *breach of contract*, *product liability*, *strict liability* ataupun *absolute liability*. Menurut Marvin L. Longabaugh, hal yang dapat dijadikan tolak ukur dalam menganalisa dasar pertanggungjawaban hukum tersebut meliputi.³¹⁸

- a. Apakah Penggugat memiliki hubungan kontraktual (*privity of contract*) dengan Tergugat?
- b. Apakah Penggugat hanya menderita kerugian ekonomis (*material*) saja atau juga menderita kerugian fisik?
- c. Apakah klausul pembebasan atau pembatasan tanggung jawab telah sesuai atau konsisten dengan kebijakan publik atau keadilan (*fairness*)?

³¹⁸ Edmon Makarim, *Op. Cit.*, hal. 213.

- d. Apakah pemulihan hak berdasarkan kontrak telah sepadan dengan kerugian?

Faktor-faktor yang menjadi tolak ukur tersebut di atas harus disesuaikan dengan jenis lisensi perangkat lunak yang diberikan kepada konsumen, yang meliputi *standard software*, *bespoke software* dan *customized software*. Selain itu, harus dilihat pula mengenai apakah perangkat lunak dilihat sebagai produk/ barang atau sebagai jasa. Karena sebagai jasa, terhadap perangkat lunak tidak dapat dikenakan pertanggungjawaban produk (*product liability*), melainkan *strict liability*. Secara singkat, analisa terhadap perbandingan tolak ukur dasar pertanggungjawaban hukum dengan jenis lisensi dan produk perangkat lunak dapat dilihat dalam tabel berikut ini.

Sistem Pertanggungjawaban Hukum Perangkat Lunak				
No.	Faktor	Jenis software		
		Standard Software	Bespoke Software	Customized Software
1.	Perspektif Produk	Barang	Jasa	Dapat berupa barang ataupun jasa (tergantung perjanjian)
2.	Mekanisme Lisensi	<i>Shrink-wrap</i> atau <i>click-wrap license</i> yang terdiri dari <i>Open Source Software License</i> dan <i>Proprietary Software License</i>	Pasal 6-9 UU Hak Cipta	Terdiri dari dua model lisensi: - <i>Shrink-wrap</i> atau <i>click-wrap license</i> antara konsumen dengan pembuat perangkat lunak; dan - Perjanjian pemborongan jasa antara konsumen dengan pembangun yang melakukan kustomisasi perangkat lunak.
3.	<i>Systems of Legal Liability</i>	<i>Product liability</i> ; namun terhadap kerugian yang menyangkut jiwa manusia, kesehatan, lingkungan dan kerugian masal berlaku asas <i>absolute liability</i> .	- terhadap konsumen yang terikat hubungan kontraktual (pemesan <i>software</i>) yang mengalami kerugian akibat wanprestasi: <i>breach of contract</i> - jika terjadi kesalahan berupa pelanggaran <i>duty of care developer</i> yang berakibat pada kerugian konsumen: <i>professional liability</i> - terhadap konsumen yang tidak terikat hubungan kontraktual: <i>strict liability</i> - terhadap kerugian yang menyangkut jiwa manusia, kesehatan, lingkungan dan kerugian masal berlaku asas <i>absolute liability</i> Lihat juga Perjanjian Pemborongan Pekerjaan (pasal 1604-1617 KUHPerdara)	
4.	Pembuktian	- <i>product defect</i> atau <i>system malfunction</i> - <i>damage</i> - hubungan kausalitas	- perjanjian; atau - <i>product defect</i> atau <i>system malfunction</i> - <i>damage</i> - hubungan kausalitas	

Tabel 3.2. Tabel Sistem Pertanggungjawaban Hukum Perangkat Lunak

Terkait dengan pentingnya sistem pertanggungjawaban hukum produsen perangkat lunak sebagai bentuk pelaksanaan prinsip *interactive justice* dan *consumer protection* di bidang telematika, sistem yang dipilih untuk diadopsi di Indonesia haruslah berdasarkan paradigma *welfare state* yang bertujuan untuk menciptakan keadilan sosial dan kesejahteraan masyarakat. Perlu dicatat bahwa sistem ini bertujuan untuk memulihkan hak kepada keadaan semula (*restitutio in integrum*) sebagai akibat terjadinya resiko (*accident*). Oleh karena itu, diperlukan upaya pencegahan terjadinya resiko ini dengan melakukan berbagai kewajiban hukum yang harus dipatuhi baik oleh pihak produsen maupun konsumen.

Kepastian terhadap *law enforcement* sistem pertanggungjawaban hukum ini dapat terjamin dengan adanya manajemen resiko yang dibagi antara pihak produsen, konsumen dan lembaga asuransi. Berbagai contoh kasus sengketa mengenai perangkat lunak yang terjadi di Amerika Serikat dan Uni Eropa sebagaimana telah diuraikan sebelumnya dapat menjadi pertimbangan dalam analisa dan perkembangan hukum perlindungan terhadap konsumen perangkat lunak di Indonesia.

3.3. Analisa Perbandingan Perjanjian Lisensi Perangkat Lunak Berdasarkan Prinsip Pertanggungjawaban Hukum

Praktek yang terjadi dalam dunia usaha tidak selalu sesuai dengan teori maupun prinsip yang telah diakui keberadaannya. Khususnya dalam hal perlindungan terhadap konsumen *customized software*, hal ini terlihat dari kompleksitas perjanjian lisensi perangkat lunak antara pihak produsen/ pelaku usaha sebagai vendor, pihak pelaku usaha lain/ perantara sebagai *software developer* dan/ atau *distributor* serta pihak konsumen sebagai *end user*. Untuk mengetahui kesesuaian antara praktek dengan teori perlindungan terhadap konsumen perangkat lunak, berikut dipaparkan analisa yuridis perjanjian lisensi masing-masing jenis perangkat lunak berdasarkan teori yang telah dijelaskan sebelumnya.

3.3.1. Standard Software

3.3.1.1. Open Source Standard Software

Menurut Chris Reed, *standard software* merupakan perangkat lunak yang dibuat secara masal oleh pelaku usaha untuk memenuhi kebutuhan konsumen umum.³¹⁹ Sedangkan menurut David Wheeler, *open source software* adalah program yang lisensinya memberi kebebasan kepada pengguna menjalankan program untuk apa saja, mempelajari dan memodifikasi program, dan mendistribusikan penggandaan program asli atau yang sudah dimodifikasi tanpa harus membayar royalti kepada pengembang sebelumnya.³²⁰ Berdasarkan kedua pengertian tersebut dapat dikatakan bahwa *open source standard software* (OSS *software*) merupakan perangkat lunak berlisensi terbuka yang dibuat secara masal oleh pelaku usaha untuk memenuhi kebutuhan konsumen umum.

Tipe lisensi yang banyak dipergunakan untuk jenis OSS *software* ini diantaranya yaitu *GNU General Public License* (GPL), dan *Lesser General Public License* (LGPL), disamping tipe lainnya yang terdapat dalam *Open Source Licenses Category* oleh *Open Source Initiative* (terlampir).³²¹ Analisa yuridis terhadap tipe lisensi ini dapat meliputi berbagai aspek hukum, namun tulisan ini membatasi analisa ini pada lingkup pertanggungjawaban hukumnya saja.

Pertama-tama, dari segi perspektif produk terlihat bahwa lisensi OSS *software* ini melihat produk sebagai “barang”, bukan “jasa”. Hal ini terlihat dari definisi “*The Program*” (*software*) sebagai “*any copyrightable work licensed under this License*”,³²² dan “*Application*” (*software*) sebagai “*any work that makes use of an interface provided by the Library, but which is not otherwise based on the Library*.”³²³

³¹⁹ Chris Reed & John Angel, *Op. Cit.*, hal. 39-40.

³²⁰ David A. Wheeler, *Op. Cit.*

³²¹ Open Source Initiative (OSI), <www.opensource.org>. OSI merupakan perusahaan yang didirikan California, Amerika Serikat pada tahun 1998 yang bertujuan untuk “*involved in Open Source community-building, education, and public advocacy to promote awareness and the importance of non-proprietary software.*” Berbagai tipe lisensi yang dibuat dan dipublikasikan oleh OSI ini telah diakui secara internasional dan dipergunakan oleh berbagai OSS *software developer* di seluruh dunia.

³²² OSI, *GNU General Public License (GNU GPL)*.

³²³ OSI, *GNU Lesser General Public License (GNU LGPL)*.

Kedua, dari aspek mekanisme lisensi dikatakan bahwa walaupun lisensi OSS *software* ini mengakui adanya hak cipta atas perangkat lunak, namun pengguna memiliki kebebasan dalam merekayasa perangkat lunak tersebut tanpa perlu membayar royalti kepada penciptanya. Hal ini terlihat dalam Pasal 2 GNU GPL mengenai *Basic Permissions* sebagai berikut:

All rights granted under this License are granted for the term of copyright on the Program, and are irrevocable provided the stated conditions are met. This License explicitly affirms your unlimited permission to run the unmodified Program... You may make, run and propagate covered works that you do not convey, without conditions so long as your license otherwise remains in force.

GNU LGPL mempersempit kebebasan ini dengan syarat dipergunakannya lisensi GNU GPL atau GNU LGPL dalam versi rekayasa perangkat lunak tersebut. Pembatasan lisensi ini sesuai dengan asas keadilan, dimana lisensi terbuka yang diperoleh *licensee* tidak dapat dilisensikan kembali secara tertutup.

If you modify a copy of the Library, and, in your modifications, a facility refers to a function or data to be supplied by an Application that uses the facility (other than as an argument passed when the facility is invoked), then you may convey a copy of the modified version: a.) under this License, provided that you make a good faith effort to ensure that, in the event an Application does not supply the function or data, the facility still operates, and performs whatever part of its purpose remains meaningful, or b.) under the GNU GPL, with none of the additional permissions of this License applicable to that copy.

Berdasarkan aspek analisis ketiga yakni sistem pertanggungjawaban hukum, perlu dilihat *system of warranty* dan *limitation of liability* yang diatur dalam GNU GPL, dimana GNU LGPL menggunakan klausula yang sama. Walaupun dalam teori seharusnya untuk tipe ini digunakan sistem *product liability*, namun pada prakteknya sistem ini tidak digunakan, bahkan tidak ada mekanisme pertanggungjawaban hukum sama sekali dari produsen terhadap konsumennya. Hal ini terlihat dalam Pasal 15 mengenai *Disclaimer of Warranty* dan Pasal 16 mengenai *Limitation of Liability* sebagai berikut:

(15) *“There is no warranty for the program, to the extent permitted by applicable law... The copyright holders... provide the program “as is” without warranty of any kind, either expressed or implied... The entire risk to the quality and performance of the program is with you. Should the*

program prove defective, you assume the cost of all necessary servicing, repair or correction.”

(16) *“In no event... will any copyright holder... be liable to you for damages, including any general, special, incidental or consequential damages arising out of the use or inability to use the program...”*

Sebenarnya ketentuan ini tidak sesuai dengan prinsip *fairness* yang dijunjung tinggi dalam hukum perlindungan konsumen. Namun karena OSS *software* memberikan akses bebas terhadap *source code* bagi para penggunanya, maka kewajiban dan tanggung jawab pihak produsen pun beralih ke pihak konsumen. Pada hakikatnya, mekanisme lisensi hak cipta memiliki akibat hukum tidak terjadinya *transfer of title* dari produsen ke konsumen. Namun oleh karena digunakannya jenis lisensi publik (GNU GPL atau GNU LGPL) dan sistem *open source*, maka konsumen (baik konsumen-antara maupun konsumen-akhir) dianggap telah mengetahui dengan baik resiko penggunaan perangkat lunak ini, sehingga produsen hanya memiliki hak moral atas perangkat lunak dan melepaskan hak ekonominya, serta menyerahkan tanggung jawab produk terhadap OSS *software* kepada publik.

Walaupun penghapusan *warranty* dan *liability* ini juga bertentangan dengan Pasal 18 Ayat (1) huruf a UU Perlindungan Konsumen yang menyatakan larangan pencantuman klausula baku yang menyatakan pengalihan tanggung jawab pelaku usaha, namun akibat hukum dari ketentuan ini tidak berlaku dalam implementasi lisensi GNU GPL di Indonesia. Hal ini didasarkan pada latar belakang digunakannya sistem *open source* ini yang bertujuan pada perkembangan teknologi dan asas kebersamaan, dimana produsen melisensikan produknya secara *as is* dengan menyerahkan *source code* kepada publik.

Analisa terhadap faktor keempat yakni pembuktian dilakukan berdasarkan faktor sistem pertanggungjawaban di atas. Oleh karena UU Perlindungan Konsumen di Indonesia masih menganut asas *presumed liability* yang mendasarkan gugatan pada unsur kesalahan, maka unsur pembuktian terdiri dari unsur kesalahan, kerugian pada konsumen, serta hubungan kausalitas antara keduanya. Pada dasarnya, dianutnya asas pembuktian terbalik membebankan pembuktian unsur kesalahan pada produsen/ pelaku usaha.³²⁴ Namun karena

³²⁴ Pasal 28 UU Perlindungan Konsumen.

penggunaan lisensi GNU GPL ini membebaskan produsen dari tanggung jawab produk, maka pada prakteknya konsumen tidak dapat menuntut ganti kerugian atas terjadinya *defect* pada *open source software* ini.

3.3.1.2. *Proprietary Standard Software*

Pada hakikatnya, perbedaan antara *proprietary standard software* (*proprietary software*) dengan *OSS software* terletak pada akses terhadap *source code* dari *software* tersebut. Pada *proprietary software*, *source code* disimpan oleh produsen, sedangkan pada *OSS software*, *source code* dapat diakses oleh konsumen untuk direkayasa kembali.³²⁵ Sebagai akibatnya, segala perubahan terhadap perangkat lunak hanya dapat dilakukan oleh pihak produsen, sehingga produsen bertanggung jawab atas *after sales support* terhadap konsumennya.

Salah satu contoh *proprietary software* ini adalah Microsoft Office 2010 yang merupakan aplikasi dalam sistem Windows pada perangkat computer (terlampir). Perjanjian lisensi Microsoft Office 2010 antara pihak Microsoft Corporation (atau perusahaan afiliasinya) dengan pihak konsumen sebagai *software end-user* ini tercantum dalam *Retail License Terms* (RLT) yang dikemas baik dalam bentuk *click-wrap license* ataupun *shrink-wrap license*. Bentuk ini mengharuskan konsumen untuk menyetujui terlebih dahulu perjanjian lisensi ini sebelum menggunakannya, sebagaimana tercantum dalam klausula RLT sebagai berikut:

BY USING THE SOFTWARE, YOU ACCEPT THESE TERMS. IF YOU DO NOT ACCEPT THEM, DO NOT USE THE SOFTWARE. INSTEAD, RETURN IT TO THE RETAILER FOR A REFUND OR CREDIT.

Sepintas terlihat bahwa Microsoft bersikap cukup adil terhadap konsumen dengan memberlakukan kebijakan *refund* ini. Namun jika dianalisa lebih lanjut, ternyata konsumen tidak memiliki kesempatan untuk mencoba *software* ini terlebih dahulu sebelum memutuskan untuk membelinya secara permanen. RLT yang harus disetujui terlebih dahulu sebelum penggunaan *software* ini menjadikan *bargaining position* yang tidak seimbang antara Microsoft dengan penggunanya. Hal ini tentunya bertentangan dengan syarat sahnya perjanjian menurut Pasal

³²⁵ Yusran Isnaini, *Op. Cit.*

1320 KUHPerdata yang menyebutkan bahwa kesepakatan yang terjadi antara para pihak didasarkan pada posisi seimbang di antara keduanya. Hal ini berakibat pada dapat dibatalkannya perjanjian tersebut.

Dari aspek perspektif produk, seperti halnya lisensi OSS *software*, perjanjian ini melihat produk sebagai "barang", bukan "jasa". Hal ini terlihat dari penjelasan yang diberikan dalam ketentuan *Overview* yakni "*The software is licensed on a per copy per device basis.*" Dipergunakannya istilah "*a per copy per device*" mengandung makna perspektif perangkat lunak yang dilihat sebagai barang, sebab hanya barang yang dapat mempunyai "*copy*".

Menurut aspek mekanisme lisensinya, seperti telah dikemukakan di atas, lisensi *proprietary software* ini menggunakan bentuk *shrink-wrap license* ataupun *click-wrap license*. Hak pengguna terhadap perangkat lunak diakui secara terbatas yang hanya meliputi penggunaan perangkat lunak dengan batasan yang diperbolehkan dalam perjanjian lisensi tersebut. Hal ini secara tegas dikatakan dalam bagian *Scope of License* perjanjian lisensi ini sebagai berikut:

The software is licensed, not sold. This agreement only gives you some rights to use the features included in the software edition you licensed. Microsoft reserves all other rights. Unless applicable law gives you more rights despite this limitation, you may use the software only as expressly permitted in this agreement.

Ketentuan yang merupakan klausula baku ini tidak sesuai dengan asas *fairness* dalam hukum perlindungan konsumen, karena batasan penggunaan perangkat lunak ini ditentukan secara sepihak oleh pihak produsen, dimana konsumen tidak memiliki posisi tawar yang seimbang. Namun sayangnya, pengaturan terhadap hal semacam ini belum diakomodir dalam UU Perlindungan Konsumen, sehingga untuk saat ini konsumen harus bersedia menerima klausula ini sebagaimana adanya.

Pengaturan selanjutnya mengenai sistem pertanggungjawaban hukum pada lisensi ini tercantum dalam klausula mengenai *Warranty* yang diatur secara terbatas (*limited warranty*). Produsen hanya memberikan ganti rugi berupa perbaikan atau penggantian perangkat lunak atau *refund* atas terjadinya *product defect* selama masa jaminan, dan tidak memberikan ganti rugi terhadap kerugian (*damage*) yang ditimbulkan dari terjadinya *defect* tersebut. Pada dasarnya jaminan

ini cukup melindungi pihak konsumen yang tidak memiliki akses terhadap *source code* perangkat lunak tersebut.

Namun adanya pembatasan dari segi waktu maupun ruang lingkup menjadikan ketentuan ini tidak sesuai dengan kaidah *product liability* yang menganggap bahwa *product defect* merupakan akibat dari kelalaian produsen. Menurut Pasal 1365 KUHPerdara, hal ini mewajibkan diberikannya ganti rugi terhadap segala bentuk kerugian yang ditimbulkan oleh pihak produsen. Selain itu, *limited warranty* ini juga menggunakan asas *privity of contract*, dimana produsen hanya mengganti kerugian yang dialami oleh pihak yang terikat hubungan kontraktual dengan produsen, sehingga klausula inipun tidak sesuai dengan kaidah *product liability* yang mengesampingkan asas ini.

Seperti halnya dengan klausula eksonerasi pada lisensi OSS *software*, klausula baku mengenai *limited warranty* pada lisensi *proprietary software* ini juga bersifat mengalihkan sebagian tanggung jawab pelaku usaha kepada konsumen. Hal ini diatur dalam Pasal 18 Ayat (3) jo. Ayat (1) huruf a UU Perlindungan Konsumen dengan akibat hukum berupa batalnya klausula eksonerasi ini demi hukum.

3.3.2. Bespoke Software

Sebagaimana telah diuraikan sebelumnya, Chris Reed mendefinisikan *bespoke software* sebagai perangkat lunak yang dibuat secara khusus berdasarkan pesanan konsumen atau instansi tertentu dengan spesifikasi yang khusus pula. Adanya sifat kekhususan dari *bespoke software* yang berbeda dari *standard software* ini menjadikan pentingnya perspektif terhadap produsen dan konsumen, dimana pengertiannya dalam hal ini mungkin saja berbeda dari *standard software*. Oleh karena hak atas perangkat lunak ini merupakan hak atas kekayaan intelektual yang dilindungi di bawah UU Hak Cipta, maka untuk mengetahui definisi produsen dan konsumen *bespoke software* pertama-tama harus diketahui terlebih dahulu definisi pencipta menurut UU Hak Cipta. Menurut Pasal 6, 7, 8 dan 9 UU Hak Cipta, pencipta sebagai pihak *licensor* dapat merupakan:

- a.) orang yang memimpin serta mengawasi penyelesaian seluruh Ciptaan itu jika suatu Ciptaan terdiri atas beberapa bagian tersendiri yang diciptakan oleh dua orang atau lebih, atau orang yang menghimpunnya dalam hal tidak ada orang tersebut;
- b.) orang yang merancang Ciptaan itu jika suatu Ciptaan yang dirancang seseorang diwujudkan dan dikerjakan oleh orang lain di bawah pimpinan dan pengawasan orang yang merancang;
- c.) pihak yang untuk dan dalam dinasnya Ciptaan itu dikerjakan, jika suatu Ciptaan dibuat dalam hubungan dinas baik dengan pihak lain (luar) maupun pihak dalam lingkungan pekerjaannya;
- d.) suatu badan hukum yang mengumumkan bahwa Ciptaan berasal dari padanya dengan tidak menyebut seseorang sebagai Penciptanya, kecuali jika terbukti sebaliknya.

Keempat perspektif produsen tersebut di atas menunjukkan bahwa dalam hal ini perangkat lunak dilihat sebagai “jasa”, karena transaksi *bespoke software* ini merupakan perjanjian pemborongan jasa pengerjaan perangkat lunak dimana hak ciptanya berada pada pihak konsumen dan bukan pada produsen. Selain itu, pengertian ini juga menunjukkan bahwa pihak produsen bisa saja bukan merupakan pencipta atau *licensor*, sehingga harus dianalisa lebih lanjut mengenai pihak mana yang harus bertanggung jawab dalam sebuah perjanjian jasa.

Perspektif perangkat lunak sebagai “jasa” ini juga terlihat dalam *Agreement for Application Development Project* antara PT AAA Indonesia sebagai pihak produsen dengan PT BBB Jakarta sebagai konsumen atau pemesan jasa (terlampir). Dalam perjanjian ini disebutkan bahwa objek perjanjian adalah berupa jasa pembuatan perangkat lunak berdasarkan *requirement* dari konsumen.

WHEREAS, AAA has offered its services for development of application modules of Order Management System, an application that will enable CLIENT to keep track of data transactions for Commission House to protect from illegal transactions

Mekanisme lisensi yang diadopsi dalam perjanjian ini sesuai dengan ketentuan Pasal 8 UU Hak Cipta, dimana hak atas kekayaan intelektual perangkat lunak ini berada pada pihak konsumen (*Client*) sebagai pemesan perangkat lunak. Namun dalam perjanjian ini juga disepakati bahwa lisensi ini berlaku secara

terbatas, dimana *Client* tidak dapat menjual kembali perangkat lunak ini kepada pihak ketiga. Hal ini tentunya tidak sesuai dengan tujuan dari UU Hak Cipta, dimana menurut Pasal 2 Ayat (2) UU Hak Cipta seharusnya hak untuk melarang penjualan tersebut berada pada pihak *Client* selaku Pencipta.³²⁶

Rights to Developed Application

- a. *CLIENT shall use the developed application modules only for CLIENT's business operation, and shall not sell the developed application modules to the third parties.*
- b. *AAA acknowledges that all of the intellectual property rights, including copyrights, patents, industrial designs, trademarks, and/or trade secrets arisen from any of activities under this Agreement is the property of CLIENT.*

Oleh karena hubungan antara para pihak dalam hal ini terjadi karena adanya perjanjian jasa pembuatan perangkat lunak, maka sistem pertanggungjawaban hukum yang berlaku adalah pertanggungjawaban hukum berdasarkan wanprestasi (*breach of contract*). Hal ini berarti bahwa para pihak bertanggungjawab untuk menjalankan kontrak sebagaimana telah diperjanjikan, dan dengan demikian tanggung jawab hukumnya terbatas pada hal-hal yang telah diperjanjikan dalam kontrak seperti:

AAA covenants and warrants that developed application modules delivered to CLIENT shall function on the equipment and with the operating system for which they are designed as specified in Software Requirement Specification

AAA agrees that guaranty period for corrections of any errors/defects and problems shall be thirty (30) working days starting after the release of the software application.

All expenses or costs resulted from AAA's activities in order to correct any error/defect and or problems during guaranty period shall be borne by AAA.

In event that CLIENT fails to provide prompt response and access to the required facilities, which will affect the project schedule, CLIENT will be responsible to try its best effort to bring the project back on schedule on its own cost.

In event that AAA fails to perform its obligations according to the agreed project schedule, AAA will be responsible to put its best endeavour in completing the project within the agreed schedule and all cost resulted from this will be borne by AAA.

³²⁶ Pasal 2 Ayat (2) UU Hak Cipta ini selengkapnya berbunyi: "Pencipta dan/atau Pemegang Hak Cipta atas karya sinematografi dan Program Komputer memiliki hak untuk memberikan izin atau melarang orang lain yang tanpa persetujuannya menyewakan Ciptaan tersebut untuk kepentingan yang bersifat komersial."

In all situations involving non-performance of developed application modules during guaranty period, AAA shall decide reasonable effort and time frame to make it operate as guaranteed.

The non-performance of developed application modules after the guaranty period will be subject to agreement by the Parties.

Tanggung jawab hukum yang tidak tercantum dalam perjanjian ini tunduk pada aturan Pasal 1605-1607 KUHPerdota mengenai Perjanjian Pemborongan Pekerjaan. Menurut ketentuan ini, pengecualian *force majeure* tidak berlaku, dan pihak AAA sebagai pemborong bertanggungjawab mutlak atas produk tanpa melihat adanya unsur kesalahan.³²⁷ Adanya pembatasan tanggung jawab hukum AAA baik dari segi pengecualian *force majeure* maupun waktu (garansi 30 hari) menunjukkan adanya ketidaksesuaian perjanjian ini dengan kaidah dalam hukum perdata. Namun karena adanya prinsip kebebasan berkontrak yang dijamin oleh Pasal 1338 KUHPerdota, maka klausula dalam perjanjianlah yang berlaku bagi para pihak.

UU Perlindungan Konsumen belum mengatur mengenai *professional liability*, *strict liability* maupun *absolute liability* dalam hal terdapatnya perluasan dampak kerugian akibat terjadinya *product defect*. Oleh karena itu, sistem tanggung jawab hukum yang berlaku hanyalah pertanggungjawaban hukum yang terbatas pada perjanjian (*privity of contract*) dan didasarkan pada terjadinya pelanggaran ketentuan perjanjian (*wanprestasi/ breach of contract*).

Selain gugatan wanprestasi, sistem hukum perdata di Indonesia memungkinkan dilakukannya gugatan Perbuatan Melawan Hukum (PMH) berdasarkan Pasal 1365 KUHPerdota. Perbedaan signifikan di antara keduanya yaitu bahwa gugatan PMH didasarkan pada asas *fault liability* dan tidak terbatas pada hubungan kontraktual sehingga memungkinkan dilaksanakannya tanggung jawab hukum terhadap pihak ketiga. Dalam gugatan PMH ini, untuk memperoleh ganti rugi (materil maupun immateril) berupa penggantian biaya, *economic loss*

³²⁷ Pasal 1605: Dalam hal pemborongan harus menyediakan bahan-bahannya, dan hasil pekerjaannya, karena apa pun juga, musnah sebelum diserahkan, maka kegiatan itu dipikul oleh pemborong kecuali jika pemberi tugas itu lalai untuk menerima hasil pekerjaan tersebut. Pasal 1606: Dalam hal pemborong hanya harus melakukan pekerjaan dan hasil pekerjaannya itu musnah, maka ia hanya bertanggung jawab atas kemusnahan itu sepanjang hal itu terjadi karena kesalahannya. Pasal 1607: Jika musnahnya hasil pekerjaan tersebut dalam pasal yang lalu terjadi di luar kesalahan/kelalaian pemborong sebelum penyerahan dilakukan, sedangkan pemberi tugas pun tidak lalai untuk memeriksa dan menyetujui hasil pekerjaan itu, maka pemborong tidak berhak atas harga yang dijanjikan, kecuali jika barang itu musnah karena bahan-bahannya cacat.

dan ganti rugi terhadap pihak ketiga maka unsur-unsur di bawah ini harus dipenuhi:³²⁸

- a.) perbuatan tersebut melawan hukum;
 - i. bertentangan dengan kewajiban hukum si pelaku;
 - ii. bertentangan dengan hak subjektif orang lain;
 - iii. bertentangan dengan kesusilaan; dan
 - iv. bertentangan dengan kepatutan, ketelitian dan kehati-hatian.
- b.) harus adanya kesalahan pada pelaku;
- c.) ada kerugian; dan
- d.) ada hubungan kausal antara perbuatan dengan kerugian.

Beban pembuktian baik dalam gugatan wanprestasi maupun PMH berada pada pihak penggugat sebagaimana diatur dalam Pasal 163 HIR/ 283 Rbg.³²⁹ Materi pembuktian dalam gugatan wanprestasi terdiri dari perjanjian, kerugian yang ditimbulkan pelanggaran perjanjian terhadap penggugat serta hubungan kausalitas di antara keduanya. Sedangkan dalam hal dilakukannya gugatan PMH maka penggugat harus membuktikan unsur-unsur PMH sebagaimana dijelaskan dalam paragraf sebelumnya.

3.3.3. Customized Software

Menurut Chris Reed, *customized software* adalah perangkat lunak yang sebenarnya merupakan produk massal namun dikustomisasi berdasarkan kebutuhan konsumen atau instansi tertentu. Sebagai akibatnya, sebuah transaksi perangkat lunak dapat terdiri dari paling sedikit 3 pihak yang saling berkaitan berdasarkan beberapa perjanjian. Untuk memahami konsep ini, berikut disampaikan contoh yang terdiri dari 3 (tiga) jenis perjanjian antara 3 (tiga) pihak mengenai implementasi kustomisasi perangkat lunak Oracle yang dilakukan oleh PT JJJ Solusi sebagai konsultan IT terhadap konsumennya. Ketiga jenis perjanjian tersebut (terlampir) terdiri dari:

³²⁸ Edmon Makarim, *Tanggung Jawab, Op. cit.*, hal. 177-178.

³²⁹ Ketentuan ini berbunyi: “Barang siapa menyatakan mempunyai sesuatu hak atau mengemukakan suatu perbuatan untuk meneguhkan haknya itu, atau untuk membantah hak orang lain haruslah membuktikan adanya hak itu atau adanya perbuatan itu.”

- 1) *Oracle License and Services Agreement (OLSA)* antara pihak Oracle sebagai produsen dengan *end-user* sebagai konsumen;
- 2) *Oracle Partner Network Full Use Program Distribution Agreement (Oracle FUDA)* antara pihak Oracle sebagai produsen dengan PT JJJ Solusi sebagai konsultan IT dan distributor Oracle; dan
- 3) Perjanjian Jasa Implementasi antara PT JJJ Solusi sebagai konsultan IT yang melakukan kustomisasi dan implementasi Oracle dengan *end-user* sebagai konsumen.

3.3.3.1. *Oracle License and Services Agreement (OLSA)*

Lisensi ini merupakan lisensi *proprietary software* yang dibuat secara sepihak oleh pihak Oracle sebagai produsen, dimana konsumen harus menyetujui perjanjian ini jika ingin mengaplikasikan Oracle. Seperti halnya pada lisensi Microsoft di atas, tidak terpenuhinya unsur *fairness* dalam perjanjian ini menjadikan tidak terpenuhinya unsur kesepakatan sebagai salah satu syarat subyektif perjanjian menurut Pasal 1320 KUHPerdara, sehingga berakibat batalnya perjanjian demi hukum.

Demikian pula dari segi perspektif produk, perjanjian ini melihat perangkat lunak sebagai “barang”, karena dalam perjanjian ini dijelaskan pula mengenai jasa (*services*) yang juga merupakan obyek perjanjian. Pengertian ini terlihat dari klausula berikut:

The term “programs” refers to the software products owned or distributed by Oracle which you have ordered, program documentation, and any program updates acquired through technical support. The term “services” refers to technical support, education, outsourcing, consulting or other services which you have ordered.

Oleh karena lisensi ini merupakan lisensi *proprietary software*, maka ketentuan lisensinya pun kurang lebih sama dengan lisensi Microsoft, yakni diterapkannya lisensi terbatas dengan kepemilikan tetap berada pada pihak Oracle. Hal ini tercantum dalam klausula *Rights Granted* dan *Ownership* berikut ini:

Upon Oracle’s acceptance of your order, you have the limited right to use the programs and receive any services you ordered solely for your internal business operations and subject to the terms of this agreement, including the definitions and rules set forth in the order and the program

documentation. You may allow your agents and contractors to use the programs for this purpose and you are responsible for their compliance with this agreement in such use.

Oracle retains all ownership and intellectual property rights to the programs and anything developed by Oracle and delivered to you under this agreement resulting from the services. You may make a sufficient number of copies of each program for your licensed use and one copy of each program media.

Sistem pertanggungjawaban hukum yang diatur dalam perjanjian ini merupakan tanggung jawab terbatas, dimana garansi hanya diberikan dalam jangka waktu 1 (satu) tahun setelah *product delivery*. Selain itu, ruang lingkup pertanggungjawaban hukum produsen pun terbatas hanya pada pihak yang terikat hubungan kontraktual dan tidak meliputi ganti kerugian terhadap pihak ketiga. Sebagaimana halnya dengan lisensi OSS *software* dan Microsoft, hal ini merupakan klausula eksonerasi yang bertentangan dengan Pasal 18 Ayat (1) huruf a UU Perlindungan Konsumen yang menyebabkan batalnya klausula ini demi hukum.

ORACLE DOES NOT GUARANTEE THAT THE PROGRAMS WILL PERFORM ERROR-FREE OR UNINTERRUPTED OR THAT ORACLE WILL CORRECT ALL PROGRAM ERRORS. TO THE EXTENT PERMITTED BY LAW, THESE WARRANTIES ARE EXCLUSIVE AND THERE ARE NO OTHER EXPRESS OR IMPLIED WARRANTIES OR CONDITIONS, INCLUDING WARRANTIES OR CONDITIONS OF MERCHANTABILITY, SATISFACTORY QUALITY AND FITNESS FOR A PARTICULAR PURPOSE. FOR ANY BREACH OF THE ABOVE WARRANTIES, YOUR EXCLUSIVE REMEDY, AND ORACLE'S ENTIRE LIABILITY, SHALL BE: (A) THE CORRECTION OF PROGRAM ERRORS THAT CAUSE BREACH OF THE WARRANTY, OR IF ORACLE CANNOT SUBSTANTIALLY CORRECT SUCH BREACH IN A COMMERCIALY REASONABLE MANNER, YOU MAY END YOUR PROGRAM LICENSE AND RECOVER THE FEES PAID TO ORACLE FOR THE PROGRAM LICENSE AND ANY UNUSED, PREPAID TECHNICAL SUPPORT FEES YOU HAVE PAID FOR THE PROGRAM LICENSE; OR (B) THE REPERFORMANCE OF THE DEFICIENT SERVICES, OR IF ORACLE CANNOT SUBSTANTIALLY CORRECT A BREACH IN A COMMERCIALY REASONABLE MANNER, YOU MAY END THE RELEVANT SERVICES AND RECOVER THE FEES PAID TO ORACLE FOR THE DEFICIENT SERVICES.

3.3.3.2. Oracle Partner Network Full Use Program Distribution Agreement (Oracle FUDA)

Berbeda dari perjanjian lainnya dalam tulisan ini, obyek perjanjian ini bukan berupa perangkat lunak, melainkan hak atas distribusi perangkat lunak tersebut.³³⁰ Hal ini terlihat dalam klausula mengenai *Distribution Rights* yang diantaranya berbunyi: “*You may distribute the programs, learning credits, and/ or services only in conjunction with your value added package and you may not distribute the programs, learning credits, and/ or services to yourself or to an affiliated entity.*” Berdasarkan hal tersebut maka kepemilikan perangkat lunak tetap berada pada pihak Oracle sebagaimana dicantumkan dalam pasal mengenai *Ownership and Restriction* sebagai berikut: “*Oracle or its licensors retain all ownership and intellectual property rights to the programs.*”

Oleh karena perjanjian ini mengikuti OLSA sebagai perjanjian asalnya, maka sistem pertanggungjawaban hukumnya pun sama dengan OLSA dengan adanya ketentuan tambahan mengenai pembagian tanggung jawab antara Oracle dengan distributor. Ketentuan ini diatur dalam klausula mengenai *Warranties, Remedies and Exclusive Remedies* sebagai berikut:

With respect to third party programs and ancillary programs (as defined in section A above), Oracle will pass through to you, to the fullest extent possible, the warranties from Oracle’s licensors as they relate to third party programs. The learning credits are provided “as is” without any warranty of any kind, including, without limitation, all warranties of merchantability, or fitness for a particular purpose, or any other warranty, whether expressed or implied. You understand and agree that you shall not make any warranty on Oracle’s behalf with respect to such learning credits. To the extent permitted by law, these warranties are exclusive and there are no other express or implied warranties or conditions, including warranties or conditions of merchantability and fitness for a particular purpose.

Adanya pembagian tanggung jawab ini mengharuskan adanya upaya investigasi terhadap terjadinya *product defect* yang dilakukan oleh ketiga pihak terkait untuk mengetahui sumber *error* atau kesalahannya.³³¹ Adanya *error* yang berasal dari produk merupakan tanggung jawab Oracle, sedangkan *error* yang

³³⁰ *Agreement definitions: “...to distribute Oracle’s programs and/ or services with value added package and your majority owned subsidiaries.”*

³³¹ *Application Line of Business PT. Oracle Indonesia, Op. Cit.*

disebabkan karena kesalahan implementasi dan/ atau kustomisasi merupakan tanggung jawab distributor.

3.3.3.3. Perjanjian Jasa Implementasi

Perjanjian ini merupakan perjanjian jasa (*service*) implementasi dan kustomisasi perangkat lunak Oracle yang dilakukan PT JJJ Solusi sebagai distributor pada perusahaan konsumen. Hal ini terlihat dari ketentuan pada bagian *recital* sebagai berikut: “Pelanggan bermaksud untuk memanfaatkan kemampuan, keahlian dan pengetahuan dari Perusahaan untuk menyediakan jasa konsultasi sebagaimana dibutuhkan oleh Pelanggan dari Perusahaan khususnya mengenai Implementasi Program Oracle pada sistem...”. Berdasarkan hal tersebut maka dalam hal ini perangkat lunak dilihat sebagai jasa.

Hal yang menarik terkait dengan mekanisme lisensi perjanjian ini adalah walaupun *value added* pada perangkat lunak seharusnya merupakan hak kekayaan intelektual yang dimiliki oleh konsumen berdasarkan Pasal 8 UU Hak Cipta, namun dalam perjanjian ini hak tersebut dikatakan dimiliki oleh distributor ataupun *vendor*. Ketidaksihinggaan klausula ini dengan ketentuan hukum menyebabkan batalnya klausula ini demi hukum berdasarkan Pasal 1320 KUHPerdata mengenai syarat obyektif perjanjian yakni *causa* yang halal. Ketentuan ini terlihat dalam klausula mengenai Hak Kekayaan Intelektual sebagai berikut:

Sesuai dengan Pasal 11.2 dan 11.3, setiap dan seluruh hak cipta, rancangan, layout rancangan, rahasia dagang, hak paten dan hak kekayaan intelektual dan industrial yang terkait dengan atau berkaitan dengan atau digunakan sesuai dengan Hasil-Hasil, termasuk setiap atau seluruh teks, *applets*, *subroutine*, modul, kode, data, *interface*, musik, gambar, foto, animasi, video, audio dan multimedia, merupakan dan tetap menjadi kepemilikan Perusahaan atau milik pihak ketiga sebagaimana dinyatakan dalam Perjanjian ini.

Selain itu, mekanisme lisensi antara distributor dengan konsumen adalah *sub-licensing*, yakni dimana distributor melisensikan kembali lisensi perangkat lunak yang diperoleh dari *vendor*. Hal ini terlihat dalam ketentuan mengenai Lisensi dari Perusahaan sebagai berikut:

Perusahaan dengan ini menjamin Pelanggan sesuai dengan ketentuan atau persetujuan lisensi Pihak Ketiga, lisensi [yang telah dilunasi] yang tidak

eksklusif, untuk menggunakan Piranti Lunak berdasarkan ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Lingkup Pekerjaan.³³²

Sistem pertanggungjawaban hukum yang diadopsi dalam perjanjian lisensi ini merupakan *limited warranty* yang terbatas baik dari segi waktu, ruang lingkup dan dampak kerugian. Dalam klausula mengenai Jaminan dan Pemeliharaan disebutkan bahwa garansi terhadap produk hanya berlaku selama masa garansi yang telah disepakati, hanya berlaku bagi konsumen yang terikat hubungan kontraktual dan tidak mengakui prinsip-prinsip *warranty* yang merupakan hak konsumen. Hal ini tentunya tidak sesuai dengan prinsip pertanggungjawaban hukum produsen perangkat lunak sebagaimana telah diuraikan sebelumnya.

Perusahaan akan memberikan dukungan dan pemeliharaan atas Hasil-Hasil sepanjang Masa Garansi tanpa mengenakan biaya tambahan kepada Pelanggan... Perusahaan tidak akan memberikan Jaminan lain kepada Pelanggan atau pihak lain sehubungan dengan Hasil-Hasil atau Jasa yang diberikan berdasarkan Perjanjian ini dan menolak semua Jaminan dan ketentuan lain, baik yang tersurat atau tersirat termasuk namun tidak terbatas pada jaminan atas kinerja yang bebas dari kesalahan, kualitas, penggunaan yang bebas dari gangguan, bebas dari bugs atau sejenisnya, dan menolak semua jaminan yang tersirat, termasuk namun tidak terbatas pada jaminan dari nilai jual, kesesuaian dengan tujuan dan penggunaan khusus serta jaminan atas hak dan bebas dari pelanggaran. Tidak ada ketentuan dalam Perjanjian ini baik secara tersirat ataupun tersurat yang menyatakan Perusahaan menjaminan Piranti Lunak Pihak Ketiga dan/atau Materi Pihak Ketiga yang diserahkan dalam penyerahan Hasil-Hasil.

Selain itu, terdapat pula pembatasan tanggung jawab sebesar nilai tertentu, dimana hal ini bertentangan dengan Pasal 4 huruf f UU Perlindungan Konsumen. Pembatasan ini terlihat dalam klausula mengenai Batasan Tanggung Jawab sebagai berikut:

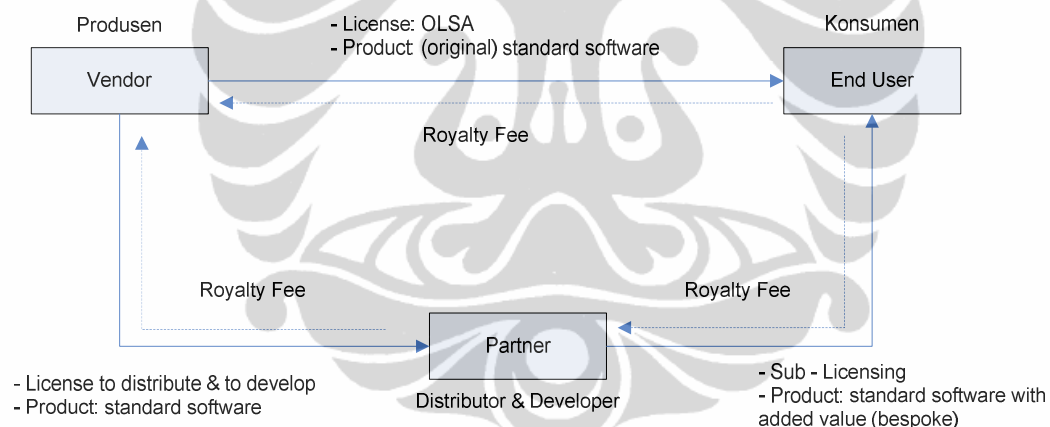
Sampai batas maksimum yang diperbolehkan berdasarkan Undang-undang, maka tanggung jawab salah satu Pihak berkaitan dengan pelanggaran, kerugian atau kesalahan menurut Perjanjian ini dibatasi sampai dengan jumlah yang sama dengan keseluruhan Biaya Jasa yang telah dibayarkan Pelanggan menurut Perjanjian ini.

Seperti halnya lisensi *bespoke software*, selain gugatan wanprestasi, pihak konsumen sebagai penggugat dapat melakukan gugatan PMH dengan beban pembuktian pada penggugat. Gugatan PMH ini dapat dilakukan untuk

³³² Yang dimaksud Pihak Ketiga dalam perjanjian ini adalah *vendor*, yakni Oracle.

memperoleh ganti rugi yang lebih luas daripada yang telah ditentukan dalam perjanjian. Namun demikian, unsur yang harus dibuktikan oleh penggugat pun lebih berat, yakni meliputi adanya unsur perbuatan melawan hukum, unsur kesalahan, kerugian, serta hubungan kausalitas antara kesalahan dengan kerugian tersebut.

Berdasarkan ketiga jenis perjanjian antara tiga pihak yang saling terkait dalam implementasi perangkat lunak Oracle tersebut di atas, terlihat bahwa pertanggungjawaban terhadap gagalnya perangkat lunak dalam melakukan serangkaian instruksi sebagaimana diharapkan konsumen (*software malfunction*) tidak dapat dituntut dengan serta merta. Para pihak harus melakukan serangkaian proses investigasi terlebih dahulu untuk dapat mengetahui penyebab terjadinya *software malfunction* tersebut. Secara singkat, mekanisme hubungan perjanjian antara ketiga pihak tersebut dapat dilihat dalam skema berikut ini.



Gambar 3.2. Skema Hubungan dalam Mekanisme Lisensi *Customized Software*

Adanya kompleksitas hubungan antara para pihak dalam pembuatan *customized software* ini menjadikan pentingnya analisa terhadap limitasi pertanggungjawaban hukum perdata yang ditentukan dari ada atau tidaknya suatu standar objektif tertentu (*specified standard of conduct*) untuk menjadi dasar penilaian.³³³ Standar pertama menurut teori *interactive justice* Wright adalah *no worse-off limitation*, dimana tidak ada pembatasan tanggung jawab terhadap suatu perbuatan melawan hukum jika jelas adanya suatu kesalahan dan yang

³³³ Richard W. Wright, *Op. Cit.*

mempunyai kontribusi langsung berdasarkan asas kausalitas terhadap suatu kerugian. Hal ini berarti bahwa pelaku usaha bertanggung jawab secara mutlak terhadap kerugian konsumen jika ia melakukan kesalahan yang merupakan unsur independen terhadap kerugian tersebut.

Dipenuhi atau tidaknya unsur kesalahan ini mengacu pada *standard duty of care* dalam suatu sistem informasi elektronik berdasarkan Pasal 15 UU ITE yakni dimana sistem elektronik harus diselenggarakan oleh pelaku usaha secara handal, aman dan bertanggung jawab atas beroperasinya sistem elektronik sebagaimana mestinya. Kehandalan dalam membuat dan/ atau membangun/ mengkustomisasi dan/ atau mengimplementasikan perangkat lunak berarti memenuhi prinsip *best practices* dan *good practice* terkait. *Best practices* merupakan dasar untuk membuat suatu patokan terhadap apa yang dinyatakan sebagai suatu tata kelola yang baik yang terdiri dari unsur-unsur sebagai berikut:³³⁴

- a.) Adanya suatu mekanisme perbandingan antara sistem yang telah berlaku dengan kejelasan variabel-variabel apa yang diperbandingkan baik secara tekstual maupun kontekstual;
- b.) Adanya suatu mekanisme pembuktian dengan ditunjang suatu proses pengujian bahwa suatu sistem telah terbukti menjadi yang terbaik di bidangnya;
- c.) Adanya suatu bentuk pengakuan dari para pemangku kepentingan, tidak hanya komunitas penggunanya melainkan masyarakat professional penunjang dan pemerintah; serta
- d.) Adanya suatu mekanisme evaluasi dan perbaikan yang berkesinambungan atau berkelanjutan agar dapat senantiasa menjadikannya sebagai suatu referensi yang terbaik.

Berbeda dengan *best practices* yang berindikasi empiris, *good practice* merupakan pedoman umum yang mempunyai indikasi normatif.³³⁵ *Good practice* yang dijadikan standar umum dalam sistem elektronik adalah *British Standard Code of Practice* yang diterbitkan oleh *British Standard Institute* (DISC PC0008-1999: *A Code of Practice for Legal Admissability of Information Stored on*

³³⁴ Edmon Makarim, *Tanggung Jawab*, *Op. Cit.*, hal. 138-139.

³³⁵ *Ibid*, hal. 139-140.

Electronic Document Management System). Menurut pedoman ini, terdapat lima prinsip hukum dalam sistem elektronik yang baik yang dipergunakan untuk mengetahui sejauh mana pertanggungjawaban sebuah sistem elektronik. Kelima prinsip tersebut terdiri dari:

- a.) *Recognize all types of information;*
- b.) *Understand the legal issues and execute “duty of care” responsibilities;*
- c.) *Identify and specify business process and procedures;*
- d.) *Identify enabling technologies to support business process and procedures; and*
- e.) *Monitor and audit procedures.*

Prinsip aman dalam sistem informasi elektronik menurut UU ITE adalah terkait dengan sistem keamanan (*security*) dari *software* tersebut, dimana *software* harus aman dari segala gangguan agar dapat berfungsi dengan baik. Menurut Fleeger, terdapat tiga kerentanan dalam sistem komputer, yaitu kerahasiaan (*secrecy*), keutuhan data dan sistem (*integrity*) dan ketersediaan data/ sistem pada saat diakses (*availability/ accessibility*).³³⁶ Untuk menjamin keamanan terhadap kerentanan pada sistem perangkat lunak, diperlukan sistem kendali terhadap akses ke dalam sistem baik secara fisik maupun nonfisik yang terdiri dari:

- a.) *General controls* yang meliputi *physical controls* yang melindungi fasilitas komputer secara fisik, *access control* yang melindungi atau membatasi akses terhadap sistem, *data security controls* yang melindungi keutuhan data, *communication (network) controls* dan *administrative controls*; serta
- b.) *Application controls* yang meliputi *input controls*, *process controls* dan *output controls*.

Sistem kontrol terhadap akses ke dalam sistem tersebut di atas selanjutnya menjadi tolak ukur mengenai apakah suatu sistem elektronik telah berjalan sebagaimana mestinya. Terpenuhinya unsur-unsur dalam penyelenggaraan sistem elektronik di atas yang terungkap dari proses investigasi yang dilakukan berguna

³³⁶ Charles P. Fleeger, *Security in Computing* (New Jersey: Prentice-Hall Inc., 1989), hal. 4, sebagaimana dikutip dalam Edmon Makarim, *Ibid*, hal. 134.

bagi kekuatan pembuktian dalam hal terjadinya *software malfunction* pada sebuah *customized software*.

Menurut Edmon Makarim, selain terpenuhinya unsur-unsur tersebut di atas, standar *duty of care* yang harus dipenuhi dalam sistem informasi elektronik *customized software* sebagai komoditi perdagangan retail juga meliputi adanya informasi yang lengkap dan benar untuk memenuhi hak konsumen terhadap kejelasan informasi terhadap barang dan/ atau jasa yang dibelinya.³³⁷ Jika melihat skema hubungan antara para pihak dalam perjanjian *customized software*, terlihat bahwa pihak *end-user* sebagai konsumen tidak memperoleh kejelasan informasi terhadap *standard software*. Ia memperoleh informasi produk dari pihak distributor, dan memutuskan untuk menggunakannya berdasarkan informasi dari distributor. Namun ia tidak memperoleh kejelasan informasi diantaranya mengenai sejauh mana limitasi tanggung jawab pihak *vendor* dan distributor terhadap *software* tersebut.

Jika suatu resiko terjadi pada distributor, maka dengan sendirinya *vendor* mengambil alih jasa purna jual terhadap *software*. Namun perlu dicatat bahwa *software* yang digunakan oleh *end-user* adalah *software* dengan *added value*, sedangkan garansi yang dijamin oleh *vendor* adalah *original standard software* tanpa adanya *added value*. Hal ini merupakan kerugian tersendiri bagi pihak *end-user* sebagai konsumen akhir. Di lain pihak, jika resiko terjadi pada *vendor*, maka distributor lah yang memikul tanggung jawab baik terhadap *added value software* maupun *original standard software*, sebab distributor merupakan pihak yang menjadi “pintu masuk” bagi hubungan antara *end-user* dengan *vendor*. Hal ini juga merupakan kerugian tersendiri bagi distributor, karena sebelumnya ia memiliki keterbatasan akses terhadap *software source code* yang tidak seluruhnya diungkapkan oleh *vendor*. Selain itu, distributor juga tidak memperoleh *royalty fee* atas *standard software* tersebut, dan hanya memperoleh *royalty fee* dari *added value software* yang dibangunnya itu. Adanya ketidakjelasan informasi bagi *end-user* sebagai konsumen ini bertentangan dengan Pasal 4 huruf c UU Perlindungan Konsumen yang berimplikasi tidak terpenuhinya syarat obyektif perjanjian

³³⁷ Edmon Makarim, *Ibid*, hal. 359-360.

menurut Pasal 1320 KUHPerdara yakni causa yang halal. Tidak terpenuhinya syarat ini kemudian menyebabkan perjanjian tersebut batal demi hukum.

Standar yang kedua menurut Wright dalam menentukan limitasi pertanggungjawaban hukum adalah *superseding cause limitation*, yakni bahwa tindakan yang menjadi penyebab terjadinya kerugian itu bersifat *dependent* ataukah *independent*. Jika tindakan itu bersifat *dependent*, maka pertanggungjawaban hukum tersebut tidak dapat dikecualikan ataupun dibatasi.³³⁸ Terkait dengan pertanggungjawaban terhadap *customized software*, perlu dilakukan evaluasi independensi terhadap faktor kesalahan yang merupakan hasil dari proses investigasi berdasarkan berbagai tolak ukur tersebut di atas. Jika faktor kesalahan tersebut bersifat dependen terhadap kerugian (memiliki signifikansi terhadap kerugian), maka tidak terdapat limitasi terhadap pertanggungjawaban hukum, sehingga oleh karenanya pelaku usaha (*vendor* dan/ atau distributor) bertanggung jawab secara mutlak terhadap kerugian.

Menurut pendekatan Wright yang ketiga, yakni *risk play-out limitation*, terdapat hubungan antara bagaimana suatu kerusakan yang terjadi merupakan akibat dari suatu resiko yang dapat diprediksi sebelumnya.³³⁹ Hal ini terkait dengan *risk management* yang dibagi di antara para pihak untuk mengetahui besaran limitasi pertanggungjawaban hukum masing-masing pihak. Pengaturan mengenai *risk management* ini tidak diakomodir dalam ketiga perjanjian tersebut di atas, dimana hal ini menyebabkan ambiguitas dalam pelaksanaan perjanjian yang pada akhirnya dapat menimbulkan sengketa dalam pembagian resiko tanggung jawab.

³³⁸ Richard W. Wright, *Op. Cit.*

³³⁹ *Ibid.*

Menurut hakim Chadwick dalam kasus *Watford v. Sanderson*,³⁴⁰ terdapat resiko yang telah dapat diduga sebelumnya oleh Sanderson sebagai *vendor* mengenai kemungkinan terjadinya *software malfunction*, karena pada kenyataannya hampir tidak mungkin suatu *software* dapat bebas sama sekali dari *bug*. Namun di lain pihak, besarnya nilai potensi kerugian baik yang bersifat langsung maupun tidak langsung juga merupakan resiko yang telah dapat diduga oleh Watford sebagai konsumen. Oleh karena itu, walaupun sepintas terlihat adanya posisi yang tidak seimbang antara para pihak, pada kenyataannya kedudukan mereka adalah seimbang, karena masing-masing lebih mengetahui suatu faktor resiko lebih baik daripada yang lainnya.

Terkait dengan kompleksitas mekanisme lisensi pada *customized software*, perlu dilihat kedudukan masing-masing pihak dalam tiap perjanjian satu dengan lainnya. Pertama, dalam perjanjian lisensi antara *vendor* dengan *end-user*, seperti halnya dalam kasus *Watford v. Sanderson* di atas, pihak *vendor* lebih mengetahui potensi resiko *software malfunction*, sedangkan pihak *end-user* lebih mengetahui nilai resiko yang merupakan akibat langsung dari kesalahan tersebut. Hal ini menjadikan kedua belah pihak berada pada posisi yang seimbang.

Lain halnya dengan perjanjian lisensi distribusi dan/ atau kustomisasi antara vendor dengan distributor, dimana resiko *malfunction* telah dapat diduga oleh vendor, sedangkan distributor tidak mengetahui nilai potensi kerugian yang mungkin terjadi. Demikian pula halnya dengan perjanjian lisensi *added value software* antara distributor dengan *end-user*, dimana distributor tidak dapat menduga potensi resiko *software malfunction*, sementara konsumen mengetahui dengan baik nilai potensi kerugian yang mungkin terjadi. Hal ini menjadikan

³⁴⁰ *Watford Electronics Ltd v. Sanderson CFL Ltd* [2001] 1 All ER (Comm) 696. Dalam kasus ini, Sanderson merupakan vendor *standard software* yang membuat perjanjian dengan Watford sebagai developer sekaligus *end-user* yang membutuhkan sistem komputer yang dibuat oleh Sanderson. Terdapat tiga jenis perjanjian di antara mereka, yakni perjanjian jual beli perangkat komputer, perjanjian lisensi *standard software* dan perjanjian lisensi modifikasi terhadap *software* tersebut. Dalam perjanjian tersebut dimuat beberapa klausula pengecualian tanggung jawab yang meliputi pengecualian terhadap *warranty of merchantability, fitness for a special purpose* dan *expressed* maupun *implied warranties*. Selain itu, terdapat juga klausula pembatasan terhadap nilai kerugian yang ditanggung oleh *vendor*, yakni sebesar nilai perjanjian. Watford tidak menyetujui klausula pengecualian dan pembatasan ini, namun Sanderson hanya bersedia menyatakan komitmennya untuk melakukan "*their best endeavours in allocating appropriate resources to the project to minimize any losses that may arise from the contract.*" Lihat Diane Rowland, *Op. Cit.*, hal. 198-200.

posisi yang tidak seimbang antara para pihak, sehingga kesepakatan tidak dapat dikatakan telah terjadi, yang pada akhirnya dapat membatalkan perjanjian tersebut. Diterapkannya ketiga pendekatan Wright dalam teori *interactive justice* terkait dengan mekanisme pertanggungjawaban terhadap *customized software* ini memberikan kompensasi positif sebagai perangkat yang melindungi setiap pihak dari interaksi yang merugikan (*harmful interaction*).

Mekanisme pertanggungjawaban hukum pelaku usaha ini dapat ditarik lebih jauh terkait dengan eksistensi pelaku usaha sebagai suatu badan hukum berbentuk perseroan terbatas yang tunduk pada Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas. Undang-undang ini menganut doktrin *piercing the corporate veil* yang berarti bahwa apabila dalam suatu hal organ perseroan melakukan penyalahgunaan wewenang sebagaimana yang telah ditentukan, maka segala pertanggungjawaban atas perbuatan-perbuatan yang dilakukan merupakan tanggung jawab mereka secara pribadi; dan bukan merupakan tanggung jawab perseroan. Munir Fuady mengartikan doktrin ini sebagai:

...suatu proses untuk membebani tanggung jawab ke pundak orang atau perusahaan lain, atas perbuatan hukum yang dilakukan oleh suatu perusahaan pelaku (badan hukum), tanpa melihat kepada fakta bahwa perbuatan tersebut sebenarnya dilakukan oleh perseroan pelaku tersebut.³⁴¹

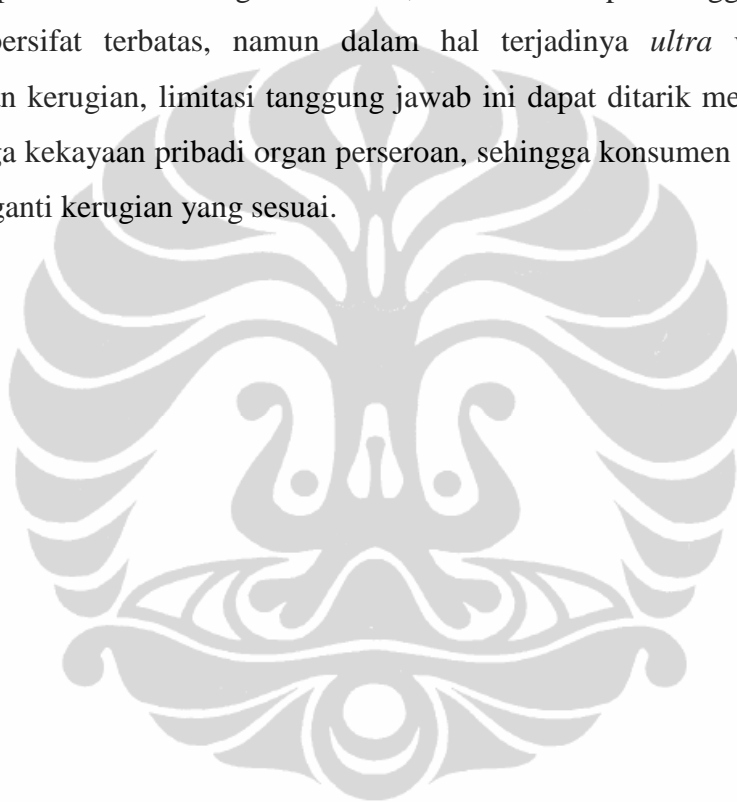
Kemudian, Black's Law Dictionary menjelaskan *piercing the corporate veil* sebagai "...the judicial act of imposing personal liability on otherwise immune corporate officers, directors, and shareholders of the corporation's wrongful act."³⁴² Konsep ini lahir karena tidak dapat dipungkiri suatu perseroan seringkali tidak dapat dipisahkan atau dilepaskan dari kehendak pihak-pihak yang merupakan dan menjadi pemegang saham dari perseroan tersebut. Oleh sebab itu, dibutuhkan suatu bentuk perlindungan bagi perseroan manakala pemegang saham menggunakan posisinya untuk turut mengatur perseroan dengan melakukan sesuatu yang tidak seharusnya dilakukan atau tidak boleh dilakukan (*ultra vires*), sehingga merugikan perseroan.³⁴³

³⁴¹ Munir Fuady, *Doktrin-Doktrin Modern dalam Corporate Law dan Eksistensinya dalam Hukum Indonesia*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2002), hlm. 8.

³⁴² Garner, *op. cit.*, hlm. 1884.

³⁴³ Perlu diperhatikan bahwa yang dilarang bukan saja melakukan sesuatu yang tidak seharusnya dilakukan atau melakukan yang tidak boleh dilakukan, melainkan termasuk juga dalam

Terkait dengan tanggung jawab pelaku usaha dalam implementasi *customized software*, masing-masing pelaku usaha yang merupakan badan hukum perseroan terbatas dapat melakukan investigasi secara internal untuk mengetahui terdapat atau tidaknya tindakan *ultra vires* dari organ perseroan yang mengakibatkan terjadinya resiko. Jika tindakan ini terjadi maka pelaku usaha (sebagai perusahaan) dapat meminta pertanggungjawaban organ perseroan tersebut untuk mengganti kerugian pada konsumen. Doktrin ini memberikan rasa aman dan kepastian hukum bagi konsumen, karena walaupun tanggung jawab perusahaan bersifat terbatas, namun dalam hal terjadinya *ultra vires* yang mengakibatkan kerugian, limitasi tanggung jawab ini dapat ditarik menjadi tidak terbatas hingga kekayaan pribadi organ perseroan, sehingga konsumen tetap dapat memperoleh ganti kerugian yang sesuai.



kategori melakukan tindakan atau perbuatan yang salah. Lebih lanjut lihat Gunawan Widjaja, *Risiko Hukum sebagai Direksi, Komisaris & Pemilik PT*, cet. 2, (Jakarta: Forum Sahabat, 2008), hlm. 26.